

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUDMILA RAFAELA ROSA DE FREITAS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

CURITIBA

2015

LUDMILA RAFAELA ROSA DE FREITAS

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
no Curso de Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder
Hachem

CURITIBA

2015

TERMO DE APROVAÇÃO
LUDMILA RAFAELA ROSA DE FREITAS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Orientador - Setor de Ciências Jurídicas
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Setor de Ciências Jurídicas
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Prof. Me. Saulo LindorferPivetta
Escola de Direito
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Curitiba, 27 de novembro de 2015

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Daniel Wunder Hachem, por ser esse exemplo de pessoa e mestre tão admirável, que com sua maestria e entusiasmo ao lecionar, além de sua didática excepcional, fez com que me apaixonasse pelo direito constitucional.

Aos meus pais, Ruth e Jesus, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, a quem devo a vida e tudo que hoje sou.

À minha irmã, Adila, pelo companheirismo e carinho.

Ao meu irmão, Samuel, que além do carinho e companheirismo, foi e tem sido em minha vida um exemplo de perseverança, integridade e ética.

Ao meu querido Mateus, pelo amor, confiança e paciência nesses anos de convivência. Por ter acreditado em mim nos momentos em que até eu mesma havia perdido a fé.

À minha filha amada, Maria Helena, presente de Deus, que pelo simples fato de estar em minha vida, enche meu coração de felicidade e de vontade de ser uma pessoa melhor.

Aos meus amigos Roberto Neto, Mayara, Ariadne, Michelle, Danielly e Regina, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas.

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a inconstitucionalidade da Súmula vinculante nº37 editada pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, procurou-se embasamento doutrinário, além da realização de pesquisa jurisprudencial quanto ao tema aqui em epígrafe. No intuito de demonstrar a impossibilidade de utilização do instituto em questão, serão levados em consideração os novos paradigmas presentes no ordenamento jurídico pátrio com a adoção do modelo neoconstitucionalista, adotado posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, modelo no qual os direitos fundamentais ocupam posição basilar de todo sistema jurídico. Por tal conjuntura, demonstrar-se-á que não existe respaldo legal para a inaplicabilidade do princípio da isonomia quanto aos vencimentos dos servidores públicos em casos concretos, sob a argumentação de que se estaria usurpando competência do Poder Legislativo.

Serão abordados para tanto: noções sobre o sistema remuneratório dos servidores públicos, principais premissas do modelo neoconstitucionalista, bem como o significado do termo “isonomia”, a fim de que reste comprovada não só a possibilidade do Judiciário corrigir inconstitucionalidades, mas sim, seu dever e compromisso para tal, a fim de que sejam resguardados os direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Súmula vinculante nº 37 STF. Servidores públicos. Tripartição dos Poderes. Princípio da isonomia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	11
2.1 REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS	12
2.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98: MODIFICAÇÕES NO SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS	14
3 TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS IMPACTOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	24
3.1 NOVOS PARADIGMAS PARA EFETIVA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	28
3.2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES COMO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS.....	32
3.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO; MISSÃO DO STF COMO “GUARDIÃO CONSTITUCIONAL”	35
4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E SEUS REFLEXOS SOBRE O REGIME REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	46
4.1 A ISONOMIA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: DIFERENÇAS ENTRE OS ASPECTOS FORMAL E MATERIAL	47
4.2 A ISONOMIA APLICADA AOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	53
5 A NECESSIDADE DO CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 37	58
5.1. BREVE HISTÓRICO DA SÚMULA 339 E A SUA EVIDENTE INCONSTITUCIONALIDADE.....	58
5.2 MODIFICAÇÃO DA SÚMULA 339 STF PARA SÚMULA VINCULANTE 37: EFEITOS.....	65
5.3 DECISÕES JUDICIAIS DIVERGENTES DA SÚMULA 339 STF	70
6 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo trazer à discussão a flagrante inconstitucionalidade da súmula vinculante nº 37, cujo teor substituiu a antiga súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal no ano de 2014.

O tema se reveste de importância prática e teórica, tendo em vista o flagrante desrespeito ao princípio da igualdade, basilar num Estado Democrático de Direito.

A súmula aqui em epígrafe versa que “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*”. Percebe-se que, o Supremo Tribunal Federal, que tem a responsabilidade de resguardar os preceitos constitucionais (não só as regras em si, mas também os princípios que a norteiam), mediante a consideração de tal verbete em suas decisões, tem prestigiado o princípio da Tripartição dos Poderes (de forma estrita), em detrimento do princípio da igualdade.

Essa forma de interpretação, todavia, já se encontra superada, não tendo lugar no ordenamento jurídico atual. Isso porque, com os novos paradigmas advindos do neoconstitucionalismo, que passaram a orientar o Direito vigente a partir da promulgação da Constituição de 1988, impera o preceito de “*supremacia constitucional*”, e, devido a essa premissa, as demais normas do sistema jurídico devem estar de acordo com seus valores.

Ressalta-se que a separação dos Poderes não perde sua importância, mas passa a ser entendida nos moldes de um sistema de *freios e contrapesos*, pelo qual permite-se a interferência entre poderes, principalmente quando direitos fundamentais são desrespeitados.

Sob tal perspectiva, verifica-se que ao deixar de aplicar o princípio da isonomia no que tange à remuneração dos servidores públicos, o Judiciário deixa de exercer seu papel, pois é sua responsabilidade agir, caso haja omissão (ou aplicação indevida) quanto ao emprego dos preceitos constitucionais por parte do Legislativo e Executivo. Com isso, coloca-se em risco a garantia à igualdade, e, consequentemente, da democracia.

Para a devida compreensão do tema aqui proposto, num primeiro momento serão realizadas algumas observações pertinentes ao regime jurídico dos servidores

públicos, bem como às modificações em seu sistema remuneratório trazidas pela Emenda nº 19/1998, que dentre outras mudanças, suprimiu a regra expressa quanto à obrigatoriedade de isonomia para remuneração dos servidores públicos, como constava no texto originário do art. 39, §1º da Constituição de 1988. Também serão realizadas algumas observações quanto a termos pertinentes à questão, que causam certa confusão, tais como: *isonomia*, *equiparação*, *paridade* e *subsídio*, a fim de dirimir dúvidas quanto a seus conceitos, demonstrando a diferenciação entre eles, cujas noções não se confundem.

Num segundo momento, nos ater-se -á às modificações ocorridas no ordenamento jurídico em vista das novas premissas adotadas com o constitucionalismo democrático, pelo qual o Direito deixa de se restringir ao positivismo jurídico, abrindo caminhos para que ideais de justiça, valores morais e éticos passem a ser instrumentos utilizados como ferramentas na interpretação realizada pelo Judiciário. É nesse contexto que a Constituição se torna eivada de força normativa e que os princípios são dotados de normatividade. É também, nesse interim que ocorre a solidificação dos direitos fundamentais como base do sistema, e como tal, esses direitos passam a ser protegidos por mecanismos de controle, sob a égide do Judiciário.

Tratar-se-á ainda da tripartição dos Poderes, vista nos moldes do sistema de freios e contrapesos, visão pela qual a jurisdição ocupa status de imprescindível para a garantia de tutela jurisdicional das lesões e ameaças ao direito, assim como para a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.¹

Posteriormente, far-se-á algumas considerações pertinentes ao princípio constitucional da igualdade e seus reflexos no que tange ao regime remuneratório dos servidores públicos, a fim de se reafirmar a importância desse preceito, que apesar de basilar num Estado Democrático, vem sendo mitigado quando se trata da tutela jurisdicional invocada por esses servidores, sob a fundamentação constante na Súmula Vinculante nº 37. Trata-se o caso de flagrante inconstitucionalidade, já que é princípio fundamental da democracia, e, sua presença no texto constitucional não deve ser meramente ilustrativa. Deve sim, ser concretizado materialmente,

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: [s.n.], 2014. p.05.

ainda que o Judiciário tenha que intervir nas funções do Legislativo ou Executivo para que isso ocorra.

Entender que apesar da supressão da regra referente à isonomia de remunerações de servidores públicos, contida no art. 39 §1º da Constituição Federal, em sua redação originária, a Administração Pública e o Legislativo não estão desobrigados a obedecer tal preceito, é de fundamental importância, visto que o servidor público, antes de mais nada, é também cidadão e trabalhador, e como tal, faz jus à garantia de que *trabalhos iguais devem ter remunerações também iguais*. Isso nada mais é que tratar pessoas iguais de forma igual, ou seja: uma forma de exercer justiça.²

Por fim, serão apresentadas algumas informações pertinentes ao instituto das súmulas, a fim de que se elucidem seus efeitos junto à jurisprudência. Ressaltando-se que asde efeito vinculante, por serem de obrigatória obediência pelo judiciário em geral, bem como pela Administração, surte efeitos bastante negativos, já que, além de tolher o cidadão de uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito³, concorrem ainda para um engessamento do Direito. Os entendimentos vinculantes que obrigam todo o Judiciário surtem efeitos nocivos à vida social, tais como: limitação de debates e retardamento de possíveis mudanças de entendimento pelo próprio STF⁴.

Dessa forma, consoante ao entendimento de que a necessidade de anulação da súmula vinculante nº 37 é caso urgente, será demonstrado por meio de decisões judiciais que diversos magistrados já desconsideravam a recomendação contida em seu verbete (quando era possível que a jurisprudência discordasse de seus termos, pois consistia ainda em súmula persuasiva-nº. 339 do STF), pugnando pelo reconhecimento do direito à igualdade, em detrimento ao princípio (estricto) de separação dos Poderes, como seria esperado num Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição tem papel fundamental e seus preceitos são devidamente respeitados.

² RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1989**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.152-153.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.567.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os poderes da república no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011. p. 61

Todavia, com a substituição ocorrida em 2014, a súmula passa do caráter persuasivo ao vinculante. Isso modificou as possibilidades de interpretação por parte do Judiciário (ainda que correta), já que, devido ao efeito vinculante exarado pelo instituto- não é mais possível que se pugne pela efetividade do princípio da isonomia, pois decisões contrárias ao seu conteúdo podem ser cassadas pelo STF. Dessa maneira, sacrificam-se direitos constitucionais, como contraditório, ampla defesa, acesso ao Judiciário e o princípio da igualdade.

A fim de reafirmar o entendimento aqui proposto, serão apresentadas duas recentes decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nas quais foram julgados procedentes pedidos de servidores públicos, que alegavam descon sideração ao princípio da isonomia. Essas controversas decisões podem evidenciar que o Tribunal tem modificado seu entendimento quanto à questão ou pode também ser uma incoerência quanto a seu entendimento no tocante a casos simétricos. Sobre isso, a certeza a que se chega é apenas quanto ao fato de que *se o próprio Tribunal tem proferido decisões contrárias à súmula por ele mesmo editada, é caso de a esta não deve persistir no ordenamento vigente, necessitando dele ser extirpada* .

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

No presente capítulo serão abordados alguns apontamentos sobre o regime jurídico dos servidores públicos no âmbito da Constituição de 1988. A intenção desse tópico consiste em elucidar alguns conceitos sobre o tema, para melhor compreensão da Súmula Vinculante nº 37 do STF, que versa sobre impossibilidade de aumentar vencimentos dos servidores públicos, a qual será analisada no último item deste trabalho.

Sobre a remuneração dos servidores públicos, antes da promulgação da Constituição de 1988, pode-se dizer que havia um emaranhado de regimes jurídicos prevalecendo sobre eles: além dos regimes estatutário e celetista, havia ainda um terceiro, dito “especial”, de natureza administrativa, instituído por lei local e utilizado para situações excepcionais, como contratação de pessoal para funções “técnico-especializadas”, dentre outros⁵. Sobre tais regimes existentes na época, descreve a autora Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Em algumas oportunidades, se chegava à adoção de dois regimes conjuntamente, somando-se normas que acabavam por fomentar um status híbrido, mais causador de problemas que de soluções jurídicas, as quais somente acabavam sendo oferecidas judicialmente. A indefinição de regimes para servidores não era incomum, como se dava com aqueles admitidos precária e temporariamente no serviço público (...) ocorre que algum deles (...) persistiam nessa condição de contratados durante longo período, sem que houvesse qualquer delimitação precisa de seus direitos, deveres e responsabilidades.⁶

Essa variedade de regimes jurídicos fomentava grandes diferenças entre os servidores, que muitas das vezes, trabalhavam lado a lado, exercendo as mesmas funções, mas por serem regidos por regras diferentes, acabavam por terem direitos e obrigações também distintas. As diferenças existentes eram das mais diversas⁷, como: forma de ingresso na administração (concurso para servidor e nenhuma

⁵ RIGOLIN. Ivan Barbosa, 1989, p.118.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.123/124.

⁷⁷ O autor Ivan Barbosa Rigolin também cita vários exemplos no tocante às diferenças existentes para servidores sob a égide de regimes jurídicos distintos, concernentes a remuneração (geralmente maior para celetistas), direitos e deveres funcionais (diversos em vários aspectos, conforme os estatutos locais para os estatutários e CLT para os demais), pisos profissionais (aplicados aos celetistas e não aos estatutários), FGTS (somente para celetistas), dentre outros. (RIGOLIN. Ivan Barbosa, 1989. p.118-119)

exigência para o celetista), remuneração, alterabilidade das condições, foro judicial competente, prazos prescricionais de ações, direitos previdenciários, dentre outros.⁸

Essa situação de desigualdades tornou-se insuportável, não só para os servidores, mas também para a Administração Pública, enquanto admissora e gestora de pessoal, que se via compelida a “tratar desigualmente os iguais” (já que os indivíduos prestavam serviços iguais, tendo como fator discriminante o regime jurídico a que se encontrava “atrelado”). Isso porque, sendo a organização em cada esfera, para cada um dos regimes, diferente em relação aos outros, a desigualdade de tratamento ao servidor estatutário, celetista e ao “administrativo especial” era gritante⁹, mas, ainda assim, constitucional e perfeitamente regulamentada. Dessa forma, fazia-se cada vez mais relevante e necessária a ideia de unificação do regime jurídico dos servidores públicos.¹⁰

Ademais, durante o século XX os trabalhadores em geral conquistaram diversas garantias, num contexto de democracia e universalização de direitos¹¹. Nesse ínterim, o servidor público, que antes de tudo, é cidadão e também trabalhador (o que o distingue dos demais é a sua atuação, que se volta ao atendimento do interesse público juridicamente determinado), acabou sendo preterido nessas modificações, necessitando de um regime jurídico que lhe reconhecesse tais conquistas trabalhistas, sem que viesse a perder a qualificação de membro operante do cumprimento das demandas sociais concretamente definidas e diretamente realizáveis pela sua ação.¹²

2.1 REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p.119.

⁹ Por exemplo, em Minas Gerais, vários professores eram contratados por um ano, sendo que tais contratos acabavam se renovando a cada período. Como se tratava se contratos precários, os direitos não eram considerados os mesmos que os dos servidores estatutários estáveis. Todavia, tais contratos, por vezes, ultrapassavam 10 anos ou 15 anos, não sendo cabível deixar de reconhecer direitos a tais profissionais, pois estariam sendo violados direitos fundamentais inerentes ao trabalhador. Dessa forma, a situação acabava por resolver-se no Judiciário (como ainda se dá atualmente, já que não se trata de situação acabada. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999. p. 124

¹⁰ ROGOLIN, Ivan Barbosa. 1989, p. 119.

¹¹ A Constituição Federal de 1988 em seu capítulo II, intitulado “dos direitos sociais”, traz em seu art. 7º (e seus incisos) direitos inerentes aos trabalhadores, a exemplo das garantias conquistadas ao longo do sec. XX.

¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p.116/117.

É nesse contexto de desigualdades quanto às condições de direitos e obrigações em que se encontravam os servidores públicos que ocorre a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ora, o Brasil acabava de sair de um longo período ditatorial, no qual vários direitos fundamentais eram frequentemente mitigados. A sociedade clamava por democracia, liberdade e igualdade. A Constituição de 1988, portanto, preocupou-se sobremaneira em garantir que tais anseios se concretizassem, elevando a status de lei valores como: liberdade de expressão, criminalização da tortura, igualdade, dentre outros.

A Constituição, visando assegurar a aplicação efetiva do princípio da igualdade em diversos aspectos, preocupou-se também em disciplinar questões pertinentes aos direitos e obrigações nas relações funcionais dos servidores públicos¹³. Assim, foi estabelecida em sua redação original, a adoção obrigatória de um regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, Autarquias e Fundações, conforme pode se observar em seu art. 39, *in verbis*:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Dessa versão originária, verifica-se que foi determinada a adoção-obrigatória de um regime jurídico único para os respectivos servidores. Tal orientação se estenderia aos integrantes da Administração pública centralizada em geral, aos autárquicos e aos de fundações públicas.

Sobre a escolha do regime jurídico a ser adotado, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o regime de pessoal escolhido pela respectiva esfera de governo, deve ser único, igual para seus servidores que compõem seu quadro funcional. Esse regime pode ser o celetista ou estatutário. Cada ente deve optar por um desses grandes modelos de regime tradicionais, pois não fez sentido algum a adoção de um regime distinto para atividades de mesma natureza¹⁴. Todavia, segundo o autor, isso não significa dizer que todos os servidores de uma mesma entidade pública estarão submetidos a um mesmo regime, conforme esclarece:

¹³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo : Atlas, 2014, p.607.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 104,

As pessoas de direito público alocadas em um mesmo nível de Governo (federal, estadual, municipal ou distrital) é que não poderão ter diversidade de regime entre si. Em outras palavras: é possível (embora se afigure inconveniente) que as atividades básicas estejam sujeitas ao regime de cargo, isto é, estatutário, enquanto algumas remanescentes, de menor importância, sejam exercidas sob regime de emprego, ou seja: trabalhista, contanto que idêntico esquema valha para todas. O que não é possível, sem contrariar o art. 39, é que adotem soluções diferentes entre si, de tal maneira que uma coloque certas atividades sob regime de cargo, ao passo que em outras, as mesmas atividades estejam sob regime de emprego. Deverá haver um “regime jurídico único” para as três.¹⁵

O mesmo raciocínio segue Ivan Barbosa Rigolin. Para ele, o ente em questão deve eleger um regime jurídico a ser adotado para reger os servidores e após essa escolha, deve adotá-lo- unicamente- por lei, para os servidores admitidos a partir de então. O autor prevê ainda a possibilidade de escolha de um regime inédito “*desde que obedeça rigorosamente aos princípios e aos parâmetros constitucionais mínimos*”.¹⁶

Nota-se, portanto, que a partir da Constituição de 1988, o legislador optou por assegurar uma igualdade de condições aos servidores públicos em geral, passando a tratar os “iguais como iguais”.

A regra contida no art. 39 (em sua versão originária) buscou inserir no sistema a superação de um estado administrativo caótico e a obrigatoriedade de um sistema único para o servidor de cada entidade, a fim de que não ocorressem tratamentos diferentes para aqueles que se encontrassem em condições idênticas, causando situações de injustiça e insegurança.¹⁷

2.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98: MODIFICAÇÕES NO SISTEMA REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 tem sido alvo de constantes e profundas mudanças por intermédio de Emendas Constitucionais¹⁸.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 1991, p. 104.

¹⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. 1989, p. 119/120.

¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p.116/117.

¹⁸ Atualmente a Constituição conta com 88 (oitenta e oito) Emendas Constitucionais. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

Nesse sentido, o reformismo que tem dominado o cenário político atual quanto a nossa constituição, segue uma tendência que visa o afastamento do Poder Público de funções que lhe vinham sendo atribuídas, conseqüente às conquistas de direitos, especialmente os sociais, adquiridos no sec. XIX. Ocorre de forma crescente uma desconstituição de direitos por intermédio de Emendas Constitucionais supressivas. Direitos esses que deixam de ser tratados constitucionalmente, para serem regidos por leis infraconstitucionais. Tal procedimento trata-se de ardil comum do modelo liberalizante, que tem se pretendido restabelecer politicamente.¹⁹

Seguindo essa tendência, adveio a Emenda Constitucional nº. 19/98, que surgiu com a proposta a adoção de um modelo pelo qual a estrutura administrativa atenderia a um novo papel, redefinido para a entidade estatal. Partindo-se da visão de “administração gerencial”, a proposta permitiria a reavaliação de algumas opções e modelos adotados até então, assimilando novos conceitos que “guiassem” a ação do Estado rumo à eficácia e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão. A Emenda em epígrafe não apenas reformulou dispositivos constitucionais, mas instaurou uma verdadeira mudança de princípios modelares do subsistema administrativo constitucionalmente acolhido.²⁰

A Constituição de 1988, conforme já mencionado, especificava de que forma a isonomia deveria ser observada em vários aspectos, tais como: regime jurídico, remuneração (de servidores ativos, inativos e pensionistas) e condições de ingresso.²¹

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional nº. 19 de 04 de junho de 1998, várias modificações se deram nessa sistemática. Uma delas consistiu na exclusão da obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único, cabendo a cada esfera de governo escolher o regime jurídico a adotar (exceto para carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição determina o regime estatutário como obrigatório e nos casos das “*atividades exclusivas de Estado*”, conforme previsão do art. 247, da CF, acrescido pelo art. 32, da EC nº. 19/98).²²

Ocorre que, no julgamento da ADIn nº 2.135/DF pelo STF, foi decidido em sessão plenária do dia 02 de agosto de 2007, suspender a vigência do art. 39,

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes.1999 p.97/ 98.

²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes.1999, p.98.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2014, p.607.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.2014, p. 608.

caput, da CF, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98. Diante disso, voltou-se a aplicar a redação original do artigo 39, que faz a exigência de regime jurídico único e plano de carreira para os servidores da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas.

A decisão foi fundamentada no fato da proposta de alteração do *caput* do art. 39 não ter sido aprovada por 3/5 dos parlamentares, em primeiro turno, conforme determinação contida no art. 60, §2º, da Constituição Federal²³. Outra questão, é que tal decisão tem efeito “*ex nunc*”, vigorando a partir da data em que foi proferida. Isso significa que as situações consolidadas enquanto vigente o texto editado pela EC nº. 19/98 não sofrem nenhuma modificação, até o julgamento de mérito.

Além da questão pertinente ao Regime Jurídico a ser adotada pela Administração, a Emenda Constitucional nº. 19/98 também inovou o sistema remuneratório²⁴ dos servidores públicos inserindo o subsídio como espécie remuneratória.

A partir de então, coexistem para os servidores duas espécies de remuneração distintas: os vencimentos²⁵ (formado por duas parcelas; uma fixa e outra variável) e o subsídio (constituído de parcela fixa, cujo valor padrão é determinado por lei, para carreira específica. Soma-se à parcela fixa, valor de caráter pessoal, referente às condições da prestação de serviço).²⁶

Subsídio, inovação trazida pela E.C nº.19/98, é termo que, anteriormente, (à Emenda) designava retribuição paga à pessoa investida em cargo eletivo. Originariamente tratava-se apenas de uma espécie de auxílio, sem caráter remuneratório, pelos serviços prestados durante o mandato. Após a Emenda, entretanto, foi reincorporado à Constituição e seu sentido passou a ser diferente.

²³ Art. 60 da CF/1988: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

²⁴ Segundo as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha, subsídio passou a ser considerado espécie remuneratória correlativa a determinadas categorias de agentes públicos, cuja composição é definida legalmente por parcela legalmente definida, sem variabilidade. Já o vencimento, compõe ao lado do subsídio, forma de espécies remuneratórias. Ambos compõem a remuneração, a que se chega pela sua soma a outras parcelas constitucionais e legalmente estabelecidas em determinados casos e para determinados cargos, empregos e funções públicas. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p.310/311.

²⁵ Conforme entendimento de José Afonso da Silva, a palavra *vencimentos* (no plural) consiste na soma do *vencimento* (retribuição corresponde ao símbolo ou nível ou padrão fixado em lei) junto às *vantagens pecuniárias* fixas. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.687.

²⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010, p.657.

Isso porque, além de ser considerado como nova espécie remuneratória, não diz respeito à forma de retribuição exclusiva aos membros de mandato eletivo²⁷. Outrossim, passou a ser obrigatório para os Ministros de Estado, Secretários de Estados e Municípios, membros do Poder Judiciário, membros dos Tribunais de Contas, membros do MP, Advogados da União, Procuradores de Estado e DF, Defensores Públicos e servidores policiais.²⁸

Além dos casos estipulados pela Constituição, tornou-se forma de remuneração facultativa para os servidores públicos instituídos em cargos de carreira, caso assim a lei determine²⁹. Quanto a estes servidores (magistrados, membros do MP, policiais, etc.), cujo vínculo com o Estado é permanente, o uso de subsídio como forma de remuneração vem sendo bastante criticado. Isso porque a ascensão funcional deveria estimular o servidor a exercer suas atividades da melhor forma possível, visando ao crescimento pecuniário correspondente. Para que isso ocorresse aos que percebem remuneração via subsídio, deveriam ser atribuídos valores remuneratórios diversos numa mesma carreira. Nesse caso, o subsídio se confundiria com o que se entende por *vencimentos*, pois haveria a contraprestação básica fixada em lei, adicionada às vantagens inerentes ao exercício do cargo, excluindo-se apenas as vantagens de natureza individual.³⁰

No que tange à unicidade da parcela que integra o subsídio, de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, essa diz respeito ao critério temporal. Ou seja, por ser forma de remuneração de trabalho permanente, quer dizer que é paga periodicamente; relacionando-se, portanto, com a periodicidade; parcela única paga em cada período, que por regra, é o mês.³¹

Cármem Lúcia Antunes Rocha também esclarece a questão quanto à unicidade da parcela que integra o subsídio, explicando que não há qualquer proibição constitucional de que o agente público receba em sua remuneração (não em seu subsídio) outra quantia pecuniária que corresponda a uma circunstância específica, esporádica e com fundamento diverso daquele relativo ao valor-padrão básico devido em função do exercício de cargo; o que os servidores não podem receber um valor fixo referente a uma parcela de verba de representação, ou

²⁷ SILVA, José Afonso da. 2011, p.684.

²⁸ CF. arts. 227, §2º; 28, §2º, 29, V e VII; 39§4º; 48, XV; 49, VII e VIII; 93, V; 128, §5º, I, c; 135 e 144, §9º, de acordo com o enunciado da EC 19/98.

²⁹ SILVA, José Afonso da. 2011, p.684.

³⁰ DI PIETRO, 2014, p.108.

³¹ SILVA, Jose Afonso da. 2011, p.685,

qualquer outra, instituída para compor a sua remuneração, em caráter constante e fixo, além do subsídio.³²

Quanto aos acréscimos vedados para quem recebe por essa modalidade, o que o legislador buscava era eliminar a fragmentação da remuneração e os “penduricalhos”, responsáveis por desigualdades e injustiças. A parcela única serve, portanto, para repelir os acréscimos de espécies remuneratórias do trabalho normal do servidor. Seguindo essa lógica, permanece o direito de serem percebidas verbas pecuniárias conferidas por normas constitucionais. Como exemplo, temos o §3º, do art. 39, que diz:

Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Pelo dispositivo em questão, são aplicáveis aos servidores de cargo público (não ocupantes de mandato eletivo, emprego ou funções públicas) vantagens pecuniárias existentes do art. 7º, da CF. No mais, há previsão para recebimento de “adicional e prêmio” para algumas categorias de servidores, contida no §7º do próprio art.39³³.

Também devem ser pagas as vantagens que possuem caráter indenizatório, como as diárias e ajudas de custo, pois compensam o servidor de despesas efetuadas no exercício do cargo. Refere-se essa norma à aplicação de um princípio geral do direito que impõe o dever de indenizar a quem cause prejuízo a outrem.³⁴

³²Sobre o tema, a autora faz severas críticas ao que vem se estabelecendo subversivamente no pagamento dos agentes públicos que recebem sua remuneração via subsídio; a prática é de fixar-se um valor irrisório como parcela única invariável, adicionando-se uma soma de parcelas pagas a título de gratificação, verbas de representação, etc. Com essa “técnica”, frustram-se dois princípios fundamentais; o da publicidade (a sociedade não sabe de forma certa e ampla sobre os pagamentos efetuados aos agentes públicos, pois se divulga apenas o valor referente ao subsídio, e não o dos “penduricalhos” adicionais) e o da igualdade, visto que iguala na base (valor padrão pago), mas se diversifica no conjunto de parcelas conferidas desigualmente. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p.311/312

³³ Art. 39, §7º: § 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2014, p. 623.

Ainda no tocante às inovações trazidas pela EC nº. 19/98, tem-se a necessidade expressa de lei específica para fixar ou alterar as remunerações e subsídios, bem como a revisão anual como direito do servidor.³⁵

Segundo Luciano Ferraz, o primeiro comando do artigo 39, §4º, dispõe que a fixação ou alteração da remuneração e do subsídio depende de lei específica (de cada entidade da federação), devendo ser observada a iniciativa privativa (do processo legislativo) em cada caso³⁶. Há ainda que se obedecer à norma do art. 169, §1º, I, que exige para qualquer vantagem ou aumento de remuneração, prévia dotação orçamentária para atender às projeções com despesas.³⁷

A revisão anual teria o condão de atualizar as remunerações de modo a acompanhar o poder aquisitivo da moeda. Ela constitui direito dos servidores e não pode ser impedida pelos limites do art. 169, da CF. Na opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro, com a qual concordamos; *“isso é inaceitável, pois a aplicação de uma norma estaria transformando outra- de igual nível- em letra morta”*. Ademais, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal prevê a revisão anual como exceção ao cumprimento do limite de despesa (conforme Art.22, parágrafo único, I e art.71, da LC nº 101 de 04 de maio de 2000³⁸).³⁹

Outro ponto que nos é de extrema relevância, diz respeito à supressão da referência textual expressa ao princípio da isonomia remuneratória (prevista na redação originária do §1º, do art.39, CF). Tal exclusão, conforme dito anteriormente, se deu pela controversa Emenda Constitucional nº.19/98.

Quanto ao regime remuneratório do servidor público, a Constituição Federal de 1988 buscou fundamentos no art. 23,II, da Declaração Universal dos Direitos

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2014, p. 626.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem, Ibidem*.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem, Ibidem*.

³⁸ Art. 22, par. único da LC 101/00: Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

Art. 71, CL 101/00: Ressalvada a hipótese do inciso X do art. 37 da Constituição, até o término do terceiro exercício financeiro seguinte à entrada em vigor desta Lei Complementar, a despesa total com pessoal dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não ultrapassará, em percentual da receita corrente líquida, a despesa verificada no exercício imediatamente anterior, acrescida de até 10% (dez por cento), se esta for inferior ao limite definido na forma do art. 20.

³⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2014, p. 627.

Humanos da ONU⁴⁰, que diz: “*Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho*”. A norma prevista no art. 39, §1º da CF/88 assegurava essa isonomia de forma explícita.

A Emenda Constitucional nº 19/98 suprimiu aquela norma. Entretanto, não foi extinta a obrigatoriedade de observância estrita do princípio da igualdade para os servidores públicos de um mesmo Poder ou de Poderes da mesma entidade federativa que ocupem e exerçam cargos de atribuições iguais. Isso nem poderia ocorrer, visto que o princípio aqui tratado, em todas as suas manifestações, constitui direito fundamental de todas as pessoas. Ele é insuscetível de abolição e não pode sofrer ruptura ou afronta pelo legislador infraconstitucional, nem mesmo por reformador constituinte (art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal).⁴¹

É pertinente, para uma melhor compreensão da questão, que sejam feitas algumas ponderações quanto ao sentido do termo “*isonomia*” (no que concerne aos vencimentos de servidores públicos). Sobre o tema, José Afonso da Silva teoriza da seguinte forma:

A isonomia se dá entre servidores do mesmo Poder e entre servidores de Poderes diferentes. Se isso é verdade, fica incompreensível a regra do art. 37 XII, que, como já vimos, determina que os vencimentos (não fala em subsídio) dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo. Se o princípio da isonomia é aplicável, a regra é que os vencimentos não podem ser superiores e nem inferiores, mas iguais. Mas ele não é destituído de sentido. Ele significa que a aplicação da isonomia tem por referência os cargos do Executivo. Isto é, os servidores dos três Poderes têm direito à paridade isonômica de vencimentos, mas a parificação se faz com os cargos iguais ou assemelhados do Poder Executivo. Essa isonomia entre servidores de Poderes diversos é o que se chama paridade de vencimentos, que toma por base os fixados para os servidores do Poder Executivo.⁴²

É ainda de grande valia que se diferencie o sentido de “*isonomia*” de outros termos, tais como “*paridade*”, “*equiparação*” e “*vinculação*”. Muitas vezes tais palavras são confundidas, mas não são sinônimos. Pelo contrário; possuem significados bem distintos, conforme pode ser verificado a seguir:

Isonomia quer dizer “*igualdade de espécies remuneratórias entre cargos e atribuições iguais ou semelhantes*”. A paridade, por sua vez, “*é tipo especial de*

⁴⁰**Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 25/03/2015.

⁴¹ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. 1999, p.329.

⁴²SILVA, Jose Afonso da. 2011, p.689.

isonomia; resume-se em igualdade de vencimentos a cargos de atribuições iguais ou semelhantes que pertencem a quadros de Poderes diferentes”. Já a equiparação consiste na “comparação de cargos de denominação e atribuições diversas”, então; cargos desiguais são considerados iguais com fim de lhes conferirem iguais vencimentos: Ou seja; aumentando o padrão do cargo-paradigma, automaticamente o outro ficará majorado na mesma proporção. Quanto à vinculação, essa diz respeito a uma “comparação vertical”; ocorre um atrelamento de um cargo inferior a um cargo superior. Mantém-se uma diferença quanto ao valor pecuniário recebido pelo exercício de cada um, mas quando há aumento para os ocupantes do cargo “superior”, os que lhe são atrelados percebem aumento na mesma proporção.

O que se verifica na equiparação e vinculação, não se dá na paridade e na isonomia. Nestas, os cargos são ontologicamente iguais, devendo ocorrer igual retribuição. Isso é aplicação do princípio da igualdade material, segundo o qual; trabalho igual deve ser igualmente remunerado. Na equiparação e vinculação há tratamento igual para situações desiguais. Conclui-se disso que a isonomia (incluída nela a paridade) é uma garantia constitucional e direito do servidor. Já a equiparação e vinculação são vedadas pelo art. 37, XIII⁴³.⁴⁴

Ilustrando a explicação acima, hipotetiza-se a seguinte situação: no caso de um pedido de isonomia de remuneração de agentes, escrivães e papiloscopistas da Polícia Federal com o valor percebido pelos delegados do mesmo órgão; neste exemplo, não há que se falar em igualdade, pois as atribuições exercidas pelos servidores envolvidos não possuem igualdade ou semelhança alguma. A pretensão não possui respaldo legal, pois a própria Constituição veda a equiparação salarial (que é do que o pedido se trata na verdade).⁴⁵

A igualdade, portanto, subsiste nas relações funcionais. Isso porque a supressão do termo “isonomia” do art. 39 não anula a garantia constitucional de igualdade de todos perante a lei, contida no art. 5º *caput* e inciso I da CF⁴⁶. Há ainda

⁴³ SILVA, Jose Afonso da. *Idem*, p.689.

⁴⁴ Sobre a vedação à equiparação, Cármen Lucia Antunes Rocha nos esclarece que tal instituto foi vedado para evitar abusos que ocorriam no passado (na vigência da Constituição de 1946), quando governantes se utilizavam correntemente dessa figura. A proibição se deu pela EC 01/69, que alterou a Carta de 1967. Tal proibição se repetiu na Constituição de 1988. Explica ainda que a equiparação e a vinculação (que são proibidas) poderiam vir a ser fontes de “desigualação entre iguais”. ROCHA, Cármen Lucia Antunes. 1999, p.332.

⁴⁵ PRUDENTE, Antônio Souza. Isonomia de vencimentos e vantagens de servidores públicos. **Revista de direito público**, São Paulo, v. 24, n. 98, abr./jun. 1991.p. 35

⁴⁶ SILVA, José Antônio da. 2011, p.689.

outros dispositivos constitucionais que asseguram a aplicabilidade do princípio de isonomia, como o art.37, X e XII, art. 40, §§7º e 8º. O mesmo entendimento compartilha a autora Cármen Lúcia Antunes Rocha, que esclarece que a igualdade jurídica da remuneração é uma das formas de cumprimento do princípio constitucional basilar do sistema, sendo assim, sua supressão expressa não tem por consequência sua supressão normativa. É sim, princípio explícito, já que flui por todo sistema constitucional, obrigando o legislador, governante, administrador público e o magistrado a obedecê-lo.⁴⁷

Todavia, ainda existem muitos casos pelos quais se constata o flagrante desrespeito da Administração Pública frente à aplicação do referido princípio, quanto aos vencimentos de seus servidores. Segue exemplo apresentado por Antônio Souza Prudente⁴⁸, para simples ilustração:

No Ministério da Educação, os professores de Universidades ou Escolas Autarquizadas, ligadas a Fundações, percebem salários três vezes maiores que os professores de mesmo nível, com a mesma formação e carga horária, lotados no Ministério da Educação e postos à disposição dessas Escolas e Universidades⁴⁹.

O verificado acima vai claramente de encontro aos preceitos constitucionais de isonomia instituídos. O Estado de Direito tem como um de seus fundamentos a busca pela implementação da igualdade fática. Essa igualdade não significa apenas vedação às discriminações ou privilégios, mas que as desigualdades materiais devem ser superadas. Na busca por essa superação, espera-se que o Estado haja de forma eficiente, visando à implementação real de direitos garantidos constitucionalmente. Não basta um “belo texto” constitucional: ele deve servir como parâmetro quando o Estado executa suas funções. Pelo princípio da igualdade têm-se imposições que abrangem tanto o legislador, quanto os governantes e administradores públicos em geral; todos devem zelar para que os objetivos constitucionais sejam alcançados de fato.

A isonomia entre os vencimentos de servidores públicos não foge a essa regra e deve ser respeitada. Não é admissível que o legislativo, governantes e aplicadores da lei se omitam quanto a um tema tão relevante, restringindo direitos básicos de forma tão corrente. Por vezes o governo se fundamenta na falta de

⁴⁷ ROCHA, Cármen Lucia Antunes. 1999, p.331/332.

⁴⁸ PRUDENTE, Antônio Souza. 1991, p. 33/38.

⁴⁹ PRUDENTE, Antônio Souza. *Idem*, p. 35.

verbas orçamentárias, em outras alega impacto no orçamento, ou mesmo tenta se esquivar de suas responsabilidades sob alegação de que se trata de responsabilidade de outro Poder. Os direitos existem e são resguardados juridicamente pela necessidade de serem respeitados e devidamente cumpridos (não só quando é conveniente). A morosidade e descaso por parte do Estado não pode fazer com que sejam simplesmente esquecidos ou tratados como letra morta da lei.

3 TRANSFORMAÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS IMPACTOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o intento de contextualizar o direito à isonomia referente à remuneração dos servidores públicos, que vem sendo constantemente mitigado pelo Judiciário no Brasil, mesmo com os novos paradigmas em que se pauta o Direito contemporâneo vigente, serão trazidos à baila algumas considerações sobre as transformações ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que se refere ao Direito Constitucional, bem como no que tange ao impacto dessas modificações sobre a Jurisdição. Pretende-se dessa forma, contribuir, demonstrando que, mediante as novas premissas adotadas com o advento do neoconstitucionalismo, o Judiciário passa a ser responsável por garantir a fruição de direitos fundamentais, frente à inércia de outros Poderes, não sendo cabível a fundamentação de impossibilidade para tal, argumentando obediência estrita ao Princípio da Tripartição dos Poderes.

Para tanto, serão feitas algumas considerações, partindo-se da primeira fase do constitucionalismo, para então verificarmos os novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo.

Num primeiro momento, no qual se deram as revoluções liberais, importantes na primeira fase da história do constitucionalismo, houve uma grande contribuição para o fortalecimento da democracia. Pelo “sistema representativo”, substituiu-se o direito divino dos soberanos pela soberania popular. Tentou-se criar um governo livre e natural, com base na separação dos poderes e no assentamento de um rol de direitos individuais, preceitos essenciais dessa fase inicial do constitucionalismo clássico ou formal.⁵⁰

De acordo com essa perspectiva formal, cada Poder tinha sua parcela de responsabilidade, que deveria ser estritamente e obedecida.

No início do século XX, esses ideais começam a ser superados por um novo modelo paradigmático: O constitucionalismo democrático⁵¹. Este, diz respeito a uma ideologia, que se sobrepôs a diversos projetos alternativos e autoritários existentes na época. Com o fim da II Guerra Mundial e o advento do processo de redemocratização no Brasil, fortaleceram-se os pilares desse modelo e foi a partir

⁵⁰AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. Rio de Janeiro. Globo, 1999, 12ª ed.p.242,243.

⁵¹Fenômeno denominado também como neoconstitucionalismo ou constitucionalismo democrático.

dele que ocorrem modificações significativas nos campos da teoria, dogmática e prática do direito.⁵²

É nesse período que as Constituições dos Estados passam a garantir (além das garantias relativas à atuação negativa do Estado no âmbito das relações privadas) vários direitos considerados fundamentais, relacionados em sua maioria aos valores sociais. Em grande parte, a implementação desses direitos deu-se a partir do esforço da ciência jurídica, que buscou instrumentos para sua concretização e efetiva observância.⁵³

Por essa nova perspectiva, o direito passa a não se resumir apenas ao positivismo jurídico, pois a rígida separação entre normas jurídicas e ética não correspondia mais aos anseios da sociedade contemporânea. O pós-positivismo surge como opção ao conhecimento tradicional; não abandona o ordenamento positivo, mas integra a ele ideais de justiça e legitimidade; inspirada na teoria da justiça e legitimação da democracia, a doutrina pós-positivista vai além da legalidade estrita; apesar de não desprezar o direito posto, procura realizar uma leitura moral da Constituição e das leis, sem utilizar-se de categorias metafísicas. Nesse ínterim, valores morais compartilhados pela sociedade em geral, se materializam sob a forma de princípios, sendo inseridos na Constituição implícita ou explicitamente⁵⁴.

Esse novo paradigma abriga ideais como; maior valorização da interpretação jurídica, reconhecimento da normatividade dos princípios, reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana⁵⁵.

De acordo com as lições de Luís Roberto Barroso sobre esse novo modelo, temos que: constitucionalismo significa Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia remete à ideia de soberania popular, governo do povo e vontade da maioria. Dessa forma, empreende-se que o constitucionalismo democrático é uma maneira política baseada no respeito aos direitos fundamentais e

⁵² No Brasil, tal fenômeno se institui por meio da Constituição de 1988. CABONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta. 2003. p.09.

⁵³ BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado democrático de direito. **Revista jurídica**, Brasília, v. 11, n. 93, p. 1-27, fev./maio 2009. p. 09.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 248,250.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. 2009. p. 249.

no autogoverno popular. Trata-se ainda de modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais⁵⁶.

No Brasil, tem-se a Constituição de 1988 como marco da transição de um Estado autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito; foi uma espécie de rito de passagem à maturidade institucional brasileira.

Em que pese, a Constituição Federal apresenta um lado negativo: o seu (inegável) caráter democrático deu margem à abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse, o que fez com que o texto aprovado fosse extremamente heterogêneo, prolixo e corporativo⁵⁷. Assim, percebe-se (facilmente) que a Constituição trata de assuntos demais e de forma excessivamente detalhada, o que gera duas principais características: *i)* tudo de relevante se encontra no texto constitucional, com isso, qualquer alteração a ser feita, depende de emenda constitucional, ou seja, o que deveria ser tratado infraconstitucionalmente se encontra no texto constitucional, restringindo desnecessariamente as decisões majoritárias e atravancando providências indispensáveis à evolução social e normativa *ii)* há um número espantoso de emendas constitucionais, o que fatalmente compromete a vocação de permanência do texto constitucional e a simbolização de que os valores ali existentes se encontram resguardados frente às modificações políticas⁵⁸. Sobre esta nuance, Hesse argumenta:

“Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para frequente revisão constitucional sob alegação de suposta e inarredável necessidade política (...). A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”⁵⁹.

Ocorre ainda no âmbito do constitucionalismo contemporâneo o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais; o que é uma conquista recente. Em nosso país, esse reconhecimento se deu no âmbito de um

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. 2014.p.02.

⁵⁷ Tais normas que aderem à Constituição sem tratar de matéria constitucional são tidas como “formalmente constitucionais”.

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto.2014 p.03.

⁵⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 09.

movimento jurídico acadêmico denominado “doutrina brasileira da efetividade⁶⁰”, que essencialmente, objetivava tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente e efetivar que a ordem jurídica provesse meios jurídicos próprios de tutela (ação e jurisdição) quando fossem violados os mandamentos constitucionais. A fim de efetivar seu propósito, o movimento pela efetividade promoveu algumas modificações paradigmáticas na teoria do direito constitucional. Duas delas merecem ser destacadas; i) atribuiu normatividade plena à Constituição (que se tornou fonte de direitos e obrigações sem necessitar da intermediação do legislador). ii) contribuiu para ascensão do Poder Judiciário no Brasil, que passou a ter papel mais destacado na concretização de valores e direitos constitucionais.⁶¹

Uma das principais características do Estado constitucional de Direito é a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida; a validade das leis não depende somente de sua forma de produção, mas da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.⁶²

O direito contemporâneo busca dar uma força normativa à Constituição muito maior que no passado; ela não se configura apenas como a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Não se trata apenas de reflexo das condições fáticas de sua vigência, mas de forças sociais e políticas. Nesse sentido, graças à sua pretensão de eficácia, procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social^{63, 64}.

Sob essa nova égide, a Constituição não só impõe limites ao legislador e administrador, como também lhes determina deveres. Consequentemente, frente à necessidade de fiscalizar o cumprimento desses deveres e limites, a jurisprudência, passa a desempenhar um papel bastante significativo, sendo que algumas de suas tarefas consistem em: invalidação de atos legislativos ou administrativos e interpretação criativa das normas jurídicas de acordo com os preceitos constitucionais.

⁶⁰ Tal movimento procurou não só elaborar categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas disfunções da formação nacional, como por exemplo, o uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em cumpri-la.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. 2014. p.05.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. 2009. p. 244.

⁶³ HESSE, Konrad. 1991. p.05

⁶⁴ Ressalta-se que a doutrina da efetividade serviu-se de uma metodologia positivista (direito constitucional é norma), que na atualidade convive com novas formulações doutrinárias, de base pós positivista, como a teoria dos princípios, colisões entre direitos fundamentais, ponderação e o mínimo existencial. HESSE. Konrad. *Idem. Ibidem*

Portanto, pode-se resumir alguns traços fundamentais do constitucionalismo atual da seguinte forma; normatividade das disposições constitucionais, superioridade hierárquica e centralidade no sistema. Já do ponto de vista material, tem-se; a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro lugar, as relacionadas com os direitos fundamentais. Em suma; a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser efetivamente privilegiado.⁶⁵

3.1 NOVOS PARADIGMAS PARA EFETIVA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No fim do século XX, superadas algumas concepções do pensamento jurídico tradicional⁶⁶, surgiram novas concepções que impulsionaram a interpretação constitucional em direção a um novo rumo. Dentre elas se destacam: a) *superação do formalismo jurídico*: consolida-se a convicção de que o direito seria a expressão de interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar e que soluções para problemas jurídicos não se encontram “prontas” no ordenamento jurídico; as decisões teriam que ser construídas pelo intérprete de forma argumentativa, legitimadas em valores morais e fins políticos legítimos, b) *advento de uma cultura jurídica pós –positivista*: tratando-se de questões em que o direito não possui as respostas, aproxima-se da filosofia moral e política, economia, psicologia, etc. Dessa forma-se abandona-se a concepção jurídica positivista de que direito e moral estariam separados. Apesar do pós-positivismo não retirar a importância da lei, pressupõe que o direito não se resume às normas jurídicas, mas que algumas soluções podem se encontrar além delas. c) *Ascensão do direito público e*

⁶⁵BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, n. 15, p.01-31, jan./ mar. 2007. p.09/10.

⁶⁶ Luís Roberto Barroso leciona no sentido de que, de acordo com o pensamento jurídico clássico, o direito o condão de expressar a razão e justiça iminente. Sua interpretação se dava mediante raciocínio lógico e dedutivo, pelo qual juiz fazia subsunção à norma. Havia uma profunda separação entre direito e moral, bem como entre outros ramos de conhecimento. Há ainda nesse contexto uma ascensão do direito público, que conseqüentemente culmina na centralidade da constituição, em detrimento ao direito privado. BARROSO, Luís Roberto. 2014, p.11/12.)

centralidade da Constituição: No decorrer do sex. XX houve uma crescente publicização do direito, que acabou resultando na centralidade da Constituição. Nessa perspectiva, toda interpretação jurídica passa a ser feita direta ou indiretamente de acordo com valores constitucionais.⁶⁷

No plano teórico do direito constitucional ocorreram três grandes alterações consideráveis: a) *o reconhecimento da força normativa da Constituição*; b) *expansão da jurisdição constitucional*; c) *desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional*. A seguir, será feita uma sucinta explanação a esse respeito:⁶⁸

a) A força normativa da Constituição: Uma importante modificação paradigmática consistiu na mudança de status das normas constitucionais, as quais passaram a ser consideradas normas jurídicas. Isso foi um grande passo, visto que até meados do século passado, a Constituição era vista como documento essencialmente político, que funcionava como uma espécie de convite à atuação dos Órgãos Públicos⁶⁹.

Assim, a Constituição passa a ser uma força ativa, na medida em que as tarefas por ela impostas são realizadas. Essa força constitucional se baseia em três características: 1) *necessidade de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra os arbítrios desmedidos*, 2) *compreensão de que a ordem instituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos (necessitando de constante processo de legitimação)*, 3) *a Ordem constitucional não logra eficácia sem a vontade humana, ou seja, essa Ordem mantém sua vigência por atos de vontade*.⁷⁰

Esse reconhecimento e consolidação da força normativa da Constituição tomou força com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei, bem como com a importância cada vez maior dada aos princípios constitucionais, tidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias. Tal mudança foi possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, que se difundiu por intermédio dos tribunais constitucionais que se espalharam em todo o mundo⁷¹.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Idem, Ibidem*.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p.263.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. 2009. p. 197.

⁷⁰ HESSE, Konrad. 1991, p. 07

⁷¹ HESSE, Konrad. 1991. p.85.

b) Expansão da jurisdição constitucional: Até meados do XX, o modelo que vigorava de fato era a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram protegidos do controle judicial. A mudança somente ocorreu com a adoção do modelo americano de constitucionalismo, fundamentado na supremacia da Constituição. A partir desse modelo, direitos fundamentais foram constitucionalizados e passaram a ser imunes contra a ação eventual do processo político, protegidos por mecanismos de controle de constitucionalidade⁷², sob a égide do judiciário.⁷³

c) A reelaboração doutrinária da interpretação constitucional: Diversos fatores correlacionados à implementação no novo modelo constitucional provocaram grande impacto sobre a ciência jurídica, principalmente no que se refere à interpretação constitucional⁷⁴. Além disso, a complexidade da vida contemporânea e as demandas atuais da própria sociedade também influenciaram a forma como o direito constitucional é pensado e praticado. Foram adotadas novas ideologias e formas de interpretação. Neste conjunto, se enquadram: reconhecimento de normatividade aos princípios⁷⁵, percepção da ocorrência de colisão entre normas constitucionais e direitos fundamentais, bem como a utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento das decisões do judiciário⁷⁶.

Nesse sentido, uma modificação de relevância para constitucionalismo contemporâneo foi a consolidação da premissa de que as normas jurídicas são gênero que comportam duas espécies: as regras e os princípios. É por meio desses princípios (constitucionais) que os valores éticos são trazidos para o mundo jurídico.

⁷² No Brasil, o controle jurisdicional se expande de maneira expressiva após a promulgação da Constituição de 1988, um dos motivos preponderantes foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, proporcionando às minorias políticas e segmentos sociais representativos tivessem acesso a esse instrumento. Soma-se a esse fator a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como ação declaratória de inconstitucionalidade arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p.263

⁷⁴ A importância de se interpretar a Constituição é essencial, dado o caráter aberto e plurissignificante de muitas das suas normas. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional; construindo uma nova dogmática jurídica**, apud Konrad Hesse, Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p.113.

⁷⁵ Alexy, ao defender a utilização efetiva dos princípios, parte do pressuposto de que a constituição possui diversos valores que direcionam a atividade jurisdicional. De acordo com o autor, o magistrado, ao aplicar o direito, deve ponderar tais valores, de modo a agir de forma mais justa no caso concreto. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p.68-69).

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p.266

Assim, os princípios deixam de ser fonte secundária para ocuparem lugar central no sistema jurídico atual.

Essa diferenciação entre regras e princípios tem importante consequência prática, pois ajuda a determinar espaços de competências do intérprete judicial e do legislador. A abertura dos princípios permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem dentro do alcance dos mandamentos constitucionais. Todavia, onde o constituinte tenha reservado a atuação ao legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, tirar dos órgãos de representação popular as decisões a serem realizadas com fins constitucionais, minando o espaço de deliberação democrática. Deve-se então, diferenciar o que se trata de abertura constitucional e o que se trata de silêncio eloquente.⁷⁷

Contemporaneamente, a Constituição é tida como centro do sistema jurídico. Além da supremacia formal, possui também supremacia material, axiológica. Funciona não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas serve também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. A Constituição passa a ser vista como uma ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras. Passa a ser uma espécie de filtro, pelo qual se deve ler todo direito infraconstitucional. Por essa ótica, qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Tal fenômeno tem sido compreendido como “constitucionalização do direito”, o que causou (potencializada pela centralidade da ideia de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação, etc.) modificações paradigmáticas importantes em ramos tradicionais do direito, como administrativo, civil e processual.⁷⁸

Outro fenômeno instituído no campo do direito constitucional foi a inconstitucionalidade por omissão. Trata-se da inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais. Ocorre nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora para atuação de determinado preceito constitucional. A abstenção será

⁷⁷BARROSO, Luís Roberto. 2009, p.211.

⁷⁸ No âmbito do direito civil, houve a elevação dos valores existenciais, em detrimento dos elementos puramente patrimoniais. No domínio administrativo trouxe superação ou reformulação a paradigmas tradicionais relacionados à ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado e à substituição da noção de legalidade pela de juridicidade. Neste âmbito, também passou a ser possível o controle do mérito administrativo. (BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. p.86, 363,399)

ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. A Constituição de 88 prevê duas espécies de remédios jurídicos para sanar o problema; mandado de injunção⁷⁹ (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão⁸⁰ (art. 103, §2º). Todavia, nenhuma das duas opções teve grande sucesso prático, devido às vicissitudes da técnica legislativa empregada e das limitações que lhes foram impostas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, juízes e tribunais em geral tem dado máxima efetividade às normas constitucionais na maioria dos casos enfrentados, na medida do possível, diante da grande densidade normativa de seus textos.⁸¹

3.2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES COMO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Originariamente, após a queda do Regime Absolutista e ascensão da burguesia ao Poder, surge a necessidade da nova classe dominante de delimitar os poderes do Estado.

Diante disso, adota-se (com certas adaptações) a Teoria de separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, o qual preconizava que para se alcançar a liberdade e sua efetiva proteção, era necessário que houvesse controle ao Poder do Estado, a fim de que seus excessos fossem delimitados. A ideia inicial era de que os Poderes fossem separados de forma orgânica e funcional, mantendo-se o equilíbrio, através de mútuo controle entre eles. Por esse aspecto, adota-se então um critério *subjetivo* de separação das funções estatais; cada uma delas sendo denominada pelo Poder que representava. Todavia, a teoria de Montesquieu foi adaptada aos interesses da época, que estabeleceram uma absoluta impossibilidade de

⁷⁹ Mandado de injunção é o instrumento que tem por finalidade atribuir imediata aplicabilidade aos direitos constitucionais, possibilitando seu exercício, quando este se encontrar obstado pela ausência de regulamentação infraconstitucional. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado legislativo ao Estado constitucional. 1.ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p.78.

⁸⁰ Ação de inconstitucionalidade por omissão é instrumento utilizado como forma de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade das omissões estatais. É a partir deste que se busca a declaração judicial de omissão de medida necessária a tornar efetiva norma constitucional, dando-se ciência ao órgão competente para a criação da medida faltante e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias. Os proponentes legitimados estão descritos no art. 103, incisos I ao IX da CF/88. HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*. p.72).

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p.223/ 224.

interferência de uma esfera de Poder sobre as demais. As abstenções ao Poder Público visavam à proteção das liberdades individuais.⁸²

Pela perspectiva acima, temos que; o sistema de tripartição de poderes foi desenvolvido como técnica para evitar a concentração do poder através da sua divisão em três esferas distintas: legislativa, executiva e judiciária. Basicamente, o Legislativo era responsável pela edição, aperfeiçoamento e extinção de leis, o Executivo responsabilizava-se pela administração de políticas públicas e o Poder Judiciário tinha a função de julgar os dissídios de sua competência. Essa fórmula de divisão dos Poderes foi adotada por diversos Estados, figurando como importante símbolo dos Estados de Direito.

Com o advento do modelo de Estado Democrático de Direito, ocorreram algumas modificações tangíveis à teoria da separação de poderes. Persistiu a base de que para uma ordem constitucional consistir numa democracia, deveria prever mecanismos de repartição do poder em instâncias e competências distintas a fim de evitar abusos pelo Estado, mas passou-se também a prever instrumentos que servissem para regular ou limitar o uso desse poder estatal; dessa feita, um mecanismo de controle recíproco entre os poderes instituídos.

Abandona-se então a forma dogmática de encarar a tripartição dos poderes, partindo-se para a adoção de um sistema de mútua fiscalização, conhecido por *freios e contrapesos* ou *checks and balances*. Por tal mecanismo, a interferência de um Poder sobre o outro passa a ser possível quando se visa garantir a atuação harmônica e equilibrada entre eles.⁸³

Tratando desse aspecto, Paulo Bonavides, distingue dois momentos da doutrina de Separação dos Poderes estatais: antes, a separação se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era delimitar o poder do Estado. Atualmente essa separação é considerada no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio da tripartição partem de obstáculos à concretização desses direitos.⁸⁴

Do mesmo entendimento compartilha Celso Antônio Bandeira de Mello, constatando que o critério capaz de distinguir as funções do Estado contemporâneo

⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011. p.42.

⁸³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994. p. 01

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 587

é o “objetivo formal”, que não leva em conta o sujeito que desempenha a função exercida para classificá-la, mas as características jurídicas da atividade estatal para diferenciá-la das demais. Dessa feita, as funções legislativa, jurisdicional e administrativa ostentam, cada qual, características jurídicas específicas, capazes de diferenciá-las entre si.⁸⁵

A tripartição de funções contemporaneamente representa tanto um direito quanto uma garantia fundamental. Todavia, ainda carece de aperfeiçoamento, que se faz por mecanismos *jurídicos* de concretização das normas e promessas constitucionais. Através da prática interpretativa entende-se que não cabe à técnica do *checks and balances* somente limitar a atuação do Estado, mas também cabe corrigir a hipertrofia e evitar retraimentos através da defesa das garantias existentes. Deste modo, corrige-se o espaço deixado pela inaptidão da Separação dos Poderes pela evolução contínua e ininterrupta do ordenamento jurídico, que certamente surtirá efeitos na fruição dos direitos fundamentais pelos indivíduos integrantes da sociedade.⁸⁶

Além disso, certo é que num Estado Republicano os agentes públicos agem por delegação da população e suas ações devem resultar em favor dessa sociedade. Tais agentes devem, portanto, prestar contas de suas decisões. Como essa delegação não é absoluta: a liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou autoriza decisões ineficientes ou sem sentido. Portanto, além da vinculação específica com os fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e o consequente destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado Republicano.⁸⁷

Assim, tendo em vista que a delegação dos poderes estatais não é absoluta, caso o Legislativo não realize sua função concernente à elaboração de normas, deixando pendente o exercício de direitos constitucionais, o Poder Judiciário entrará em cena realizando controle de constitucionalidade (visando sanar a

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p.35.

⁸⁶ TORRENS, Haradja Leite. Partição de poderes e direitos fundamentais: reflexos constitucionais da tripartição de funções nos novos caminhos da atividade jurisdicional. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 214-227, jan./jun. 2008. p. 225.

⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. 2007. p.14/15.

inconstitucionalidade⁸⁸ por omissão legislativa. Caso a norma tenha sido elaborada, mas esteja em dissonância com os preceitos constitucionais, o judiciário atuará como legislador negativo, por meio de processos objetivos, declarando a inconstitucionalidade da lei. Poderá ainda realizar controle dentro de um processo subjetivo; onde realizará controle difuso de constitucionalidade, que será válido *inter partes*.⁸⁹

Atualmente, portanto, convive-se frequentemente com exercício de funções atípicas por cada uma das esferas de Poder. Esse exercício excepcional de funções demonstra-se importante como forma de combater excessos e inoperâncias dos Poderes quanto ao cumprimento dos mandamentos constitucionais. Todavia, essas interferências (atipicidades) devem ser exercidas com cautela, para que não afrontem princípios basilares do Estado Democrático de Direito.⁹⁰

Em nosso país, por exemplo, existe um exponencial aumento do exercício de funções atípicas pelos Poderes da República, acarretando intensos impactos jurídicos sobre o direito administrativo e Direito Constitucional⁹¹. Sobre essa problemática, trataremos no ponto que se segue.

3.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO; MISSÃO DO STF COMO “GUARDIÃO CONSTITUCIONAL”

Como já mencionado anteriormente, a Constituição, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, consequentemente, os atos jurídicos não podem subsistir validamente se forem com ela incompatíveis. Como forma de assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos denominado “jurisdição constitucional”. É por meio dele que, via judicial, faz-se prevalecer os comandos constitucionais. Como exemplo dessa jurisdição temos o controle de constitucionalidade, pelo qual se

⁸⁸ Nesse caso, caberá ao Judiciário proferir decisões ao julgar ações diretas de inconstitucionalidade ou mandados de injunção.

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos-[doi: 105102/prismas.v6i1.778](https://doi.org/10.5102/prismas.v6i1.778). **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 6, n.1, p. 1-14, jan./jun.2009. p. 03.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder. 2011. p.38.

⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*. p.48.

declara a invalidade, paralisando-se a eficácia dos atos incompatíveis com a Constituição⁹².

Na prática, os direitos subjetivos criados pela constituição são, em geral, direta e indiretamente exigíveis por via de ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico pátrio, o que propicia que o Poder Judiciário tenha um aumento de sua atuação, como fator decisivo para a implementação das garantias constitucionais ⁹³.

Nas últimas décadas, houve uma grande ascensão institucional do Poder Judiciário, com um elevado aumento de suas funções. Isso se deu, em certa medida, por alguns fatores relevantes: *a) garantias adquiridas pelos Órgãos do Judiciário, que deixaram de ser um departamento técnico e especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e Executivo, b) aumento de sua procura pela sociedade, dado em grande parte devido à redemocratização posterior à edição da Constituição de 1988, que proporcionou uma “redescoberta da cidadania” e conscientização dos indivíduos quanto aos seus direitos, após um período de arbitrariedades por parte do Estado, vivido até meados da década de 1980, c) descrição constitucional de vários direitos e garantias, e com eles, a previsão de instrumentos para sua exigência frente ao Poder Público, bem como a ampliação do rol de legitimados para a tutela desses interesses.*⁹⁴

Atualmente as sociedades esperam das autoridades judiciárias que cumpram a tarefa de levar à prática as expectativas coletivas e individuais de justiça. A comunidade passa a buscar nos tribunais soluções justas, não sendo suficiente a mera solução jurídica de outrora. Os tribunais representam a esperança dos cidadãos de usufruírem seus direitos, sob o ponto de vista prático da individualidade concreta, tendo em vista que tais direitos lhes são tolhidos rotineiramente por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional ou pela inércia do administrador público. Essa evolução da função judiciária se apresenta pela mudança paradigmática do “juiz boca da lei” para o “juiz boca da justiça”. Assim, sedimenta-se um novo paradigma para a jurisdição, de acordo com uma concepção mais democrática sobre o que realmente vem a ser o direito e o sistema judicial, que o

⁹² BARROSO, Luís Roberto. 2009. p. 84.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: [s.n.], 2014. p.05.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. 2009. p. 383.

aplica. O direito deixa de ser apenas conhecimento técnico e passa a se aproximar de valores morais, políticos e econômicos.⁹⁵

Sobre o fato da jurisprudência hermenêutica tornar-se um ramo da razão prática, Robert Alexy utiliza quatro argumentos para afirmar seu ponto de vista: a imprecisão linguística do direito, o conflito entre normas no ordenamento jurídico, possibilidade de casos não cogitados por nenhuma lei válida e a possibilidade de casos especiais que demandem uma decisão contrária às prescrições legais existentes⁹⁶. Observa-se pelo exposto, que somente a lei muitas das vezes não serve como base para argumentação lógica necessária ao embasamento das decisões judiciais. Essas afirmações de Alexy servem como uma das explicações para o novo papel adotado pelo judiciário, diante das modificações paradigmáticas assentadas sob o modelo de Estado Democrático de Direito; O julgador, deixando de ser apenas boca da lei, passa a desempenhar um significativo papel na medida em que fiscaliza os atos (e omissões) do Poder público, assumindo a característica de controle político (sem que isso signifique usurpação de função dos demais Poderes) bem como realiza uma interpretação profunda e devidamente fundamentada nos casos em que precisa decidir quando as leis disponíveis no Ordenamento são insuficientes.

A atuação judiciária passa a ser, portanto, imprescindível para que se garanta a tutela jurisdicional de toda lesão e ameaça a direito, bem como à aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais⁹⁷.

Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que democracia e o constitucionalismo devem estar atrelados, mesmo sob tensão, para se evitar que a prevalência de um dos dois acabe por ensejar uma ditadura. Como a Democracia trabalha com a ideia de maiorias, os temas apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, abarca direitos fundamentais de que as minorias podem se valer para se defender contra as pretensões da maioria⁹⁸. Dessa forma, pode-se concluir que o Constitucionalismo só será efetivamente constitucional se houver êxito em institucionalizar a

⁹⁵ TORRENS, Haradja Leite. 2008. p.223.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 18.

⁹⁷ TORRENS, Haradja Leite. 2008. p.223.

⁹⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre: Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p.61-96, jul./dez. 2010. p.63.

democracia, o pluralismo, a cidadania de todos; se assim não se der, haverá despotismo. Do mesmo modo, a democracia só se efetivará quando houver a imposição de limites à vontade da maioria, caso contrário, novamente estaremos diante de uma ditadura ou autoritarismo.⁹⁹

Atrelada a esse conjunto de fatores (constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do judiciário), observou-se no Brasil uma expressiva judicialização¹⁰⁰ de questões políticas e sociais¹⁰¹ que passaram a ter no Judiciário sua instância decisória final¹⁰². Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são jurídicos, mas sua função tem natureza inegavelmente política. Essa função tem sido colocada em discussão pela doutrina brasileira quanto à legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites¹⁰³.

De acordo com Luís Roberto Barroso, judicialização, simplificada, quer dizer que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral serão decididas pelo judiciário. Sobre o tema, aponta algumas causas principais como justificativas ao fenômeno: a) *reconhecimento de que um Judiciário forte é imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais*, b) *ocorrência atual de uma espécie de desilusão para com a política majoritária* e em terceiro lugar, atores políticos, a fim de evitar o desgaste com questões muito controvertidas, preferem que o Judiciário as decida (como ocorreu nos casos do aborto e uniões homoafetivas)¹⁰⁴.

⁹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. **A Constituição da Europa**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 282/283.

¹⁰⁰ Em nosso país, o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um distanciamento entre os órgãos representativos e a sociedade. Há um desinteresse ou incapacidade desses órgãos atenderem às demandas sociais, o que faz com que a sociedade passe a buscar a efetividade de seus direitos junto ao Judiciário. Fatores como influência econômica dos agentes políticos junto ao eleitor e a corrupção dos grupos políticos por grupos de interesse distanciam “representante” e “representado”, promovendo diminuição do debate político, que se transfere para os órgãos judiciais. MOURA, Emerson Affonso da Costa. Judicialização, ativismo e direitos fundamentais a garantia dos pressupostos essenciais ao processo democrático pelas cortes constitucionais. **Revista do direito público**, Londrina, v. 11, n. 59, p. 9-26, set. /out. 2014. p.234.

¹⁰¹ Alguns fatos que foram objeto de ação do STF recentemente:

a) Políticas Públicas: constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma Previdenciária e da Reforma do Judiciário, b) Direitos fundamentais: possibilidade de interrupção de gravidez em casos de fetos anencefálicos e pesquisas em células tronco, c) Questões do dia-a-dia: fixação de valor máximo de reajuste de mensalidade escolar, etc. BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 383.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Idem, Ibidem*.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p.384

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. 2014. p.16.

A judicialização é, portanto, um fato decorrente do desenho institucional brasileiro e não uma opção política do Judiciário. Ela não se confunde com o ativismo judicial, que é fenômeno diverso; o ativismo implica em escolhas por partes dos juízes quando da interpretação das regras constitucionais, neste se verifica uma deliberada expansão do papel do judiciário, mediante uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando estas são ausentes ou ineficientes¹⁰⁵.¹⁰⁶Luís Roberto Barroso leciona sobre essa diferenciação, conforme se segue:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos(...). Não são gerados, a rigor pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetivada. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”¹⁰⁷.

É uma tendência cada vez mais expressiva no Estado de Direito moderno o exercício da função legislativa pelo Poder Judiciário, que nesse sentido, tem sido cada vez mais atuante, criando direitos e obrigações não previstos anteriormente.¹⁰⁸

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem ocupado um lugar importante nesse cenário. Porém, a centralidade da Corte (e de certa forma, do judiciário como um todo) não é fenômeno apenas nacional. A partir do fim da 2ª Guerra tem se observado um avanço na justiça constitucional sobre o campo da política majoritária. Em partes diversas do mundo os tribunais constitucionais vêm se tornando protagonistas em discussões políticas sobre temas controvertidos.

¹⁰⁵ Sobre decisões ativistas, podemos citar exemplos; exigência de filiação partidária a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. **Revista eletrônica de direito do Estado**. n.18, mai./jun. 2009. p.03,04. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹⁰⁷BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. p. 06

¹⁰⁸BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder. 2011, p.56.

Todavia, no caso do Brasil, tem importante relevância esse fenômeno, devido ao número espantoso e à extensão dos casos que chegam ao STF¹⁰⁹.¹¹⁰

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão que possui a chancela de “Guardião Constitucional”, cujo dever consiste em defender os preceitos constitucionais. Essa visão advém, em grande parte, do pensamento de cunho positivista desenvolvido por Hans Kelsen em meados do sec. XX, que, numa abordagem jurídico-funcional (e não política), argumenta que a Corte Constitucional deveria exercer o papel de guarda e proteção da Constituição. Nesse sentido, o referido órgão deveria não modificar as regras já existentes no texto vigente, mas protegê-las por intermédio do controle abstrato de normas, assumindo nessa tarefa uma função “cassatória”, ao derrogar normas que não estivessem em consonância com as regras previamente definidas. Assim surge o conceito de legislador negativo, que nesse contexto, ao derrogar normas em desacordo com a Constituição, não viola a ordem político-democrática existente, mas se presta a proteger e garantir a liberdade dos indivíduos, além de preservar a separação de poderes previamente instituída.¹¹¹

É nessa linha de pensamento que, em larga escala, o STF tem justificado suas decisões. Nessa esteira, o controle de constitucionalidade teria uma função estritamente supressiva, competindo ao Judiciário apenas retirar a eficácia jurídica de dispositivos de atos normativos considerados inconstitucionais. Reiteradamente a Corte afirmou que “qualquer tentativa de adicionar novos conteúdos aos dispositivos em exame (criando ou alterando regras) iria de encontro à função precípua do Judiciário, pois estaria usurpando função legislativa, infringindo assim a separação dos Poderes¹¹². Para o Supremo, sua função, especialmente no controle de constitucionalidade, é a de legislador negativo¹¹³, ou seja, o tribunal pode, no

¹⁰⁹ A exemplo dessas decisões, alguns casos de destaque: julgamento do Mensalão, validação das uniões homoafetivas, descriminalização interrupção de gestação de fetos anencefálicos, demarcação de terras indígenas, dentre outros.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. 2014, p.15

¹¹¹ DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. **Revista Brasileira de estudos constitucionais**: Belo Horizonte, ano 4, n.15, p.91-116, jul./ago. 2010. p.95-101.

¹¹² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35262>>. Acesso em: 13 jun. 2015.p.07.

¹¹³ Alguns trechos citados em decisões, que demonstram a posição do STF quanto ao dogma do legislador negativo:

máximo, negar a constitucionalidade da obra legislativa, mas não produzir algo ou corrigi-la. Com raras posições divergentes, essa tem sido a regra do STF.¹¹⁴

Como exemplo desse posicionamento, temos a publicação da súmula vinculante 37¹¹⁵, de atualíssima edição (proposta foi votada em 16 de outubro de 2014, que repetiu exatamente o que já narrava a súmula do STF num. 339).

Há raras decisões em que se vê posição contrária a esse posicionamento, pelas quais o STF modificou (ou criou) normas vigentes. Ainda assim, no caso dessas sentenças de cunho criativo¹¹⁶, a Corte se justifica alegando utilizar-se de “interpretação conforme a Constituição”, para não afetar o preceito aqui tratado”.¹¹⁷

Feitas as considerações acima, não restam dúvidas de que no Brasil, como em diversos outros países, as Cortes constitucionais modificam dispositivos vigentes, ultrapassando os limites da simples revogação da norma. Por tal motivo, são consideradas legisladoras positivas. Pelo STF, particularmente, existe a atividade de criação de normas em conexão com o controle de constitucionalidade nos seguintes casos: a) *edição de súmula vinculante*, b) *(auto) criação de regras processuais para o controle de constitucionalidade*, c) *sentenças manipulativas e*

1) “(...) o Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover , do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme com o modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política (STF - ADI: 267 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/10/1990, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-05-1995 PP-13990 EMENT VOL-01787-01 PP-00182).

2) “(...) a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo”. (STF - ADIn num. 1.822, rel. Min. Moreira Alves, jul. 26.06.1998). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266773>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**. V. 2 N. 1, p. 191 – 210, jan-jun 2006. p.203.

¹¹⁵ Súmula vinculante nº.37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimento de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1961>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹¹⁶ Uma recente decisão do Tribunal que demonstra a atuação do Órgão como legislador positivo, refere-se à descriminalização do aborto em casos de fetos anencefálicos. Segue ementa:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF - ADPF: 54 DF , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

¹¹⁷DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto, 2010. p.08

*formulação de apelos ao legislador, d) repristinação de normas revogadas por outras inconstitucionais, ocorrendo a (re) entrada em vigor de uma norma por decisão do juiz constitucional, e) modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo f) utilização do mandando de injunção como instrumento para criação de normas de cunho geral ou individual para suprir omissões legislativas.*¹¹⁸

Entre os casos acima citados, há dois institutos em particular que merecem destaque devido à sua crescente utilização contemporaneamente: o mandado de injunção e a súmula vinculante. O primeiro instrumento encontra respaldo de forma implícita no texto constitucional, conforme já citado anteriormente. Já a súmula vinculante não encontra previsão na Constituição (nem implicitamente)¹¹⁹. Devido à importância desses institutos, serão realizadas algumas considerações sobre eles;

O mandado de injunção, por um bom de tempo, teve sua importância mitigada. Em decisões recorrentes do STF, este entendia que a função da jurisdição era unicamente declarar a inconstitucionalidade da omissão do poder público competente, dando ao “omisso” ciência para que elaborasse a norma regulamentadora; a Corte constitucional justificava-se, partindo do pressuposto de que ao criar norma regulamentadora com efeito *erga omnes* ou *inter partes*, inovando o ordenamento jurídico, estaria violando o princípio da harmonia entre os Poderes¹²⁰. Somente em 2007, houve entendimento diverso em dois casos apreciados pelo STF, em um deles (MI num. 721-7-DF¹²¹) supriu-se a lacuna legislativa no caso concreto e nos outros casos (MI num. 670-ES¹²², 708-DF¹²³ e

¹¹⁸DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Idem, Ibidem*.

¹¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder. 2011. p. 56/57.

¹²⁰BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*. p.59.

¹²¹ MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

(STF - MI: 721 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

¹²²(...)Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a

712-PA¹²⁴), o Supremo foi ainda mais longe; afastou-se do seu posicionamento conservador e criou um conjunto normativo específico, atribuindo ao julgado efeitos *erga omnes*. Neste último julgado, evidencia-se o exercício do Poder Judiciário agindo com “função legislativa”, objetivando efetivar direitos fundamentais. Entende-se que esse posicionamento da Corte é um exemplo “positivo” de exercício de função legislativa, uma vez que serviu como contrapeso à omissão dos demais Poderes ao criar normas que possibilitaram a fruição de um direito constitucional não regulamentado até então.¹²⁵

O outro exemplo de “função legislativa” desempenhada pelo STF, refere-se à edição de súmulas vinculantes. Estas, foram criadas com intuito de reduzir o número de processos sobre questões idênticas, conferindo uma maior segurança jurídica. Tal instituto tem por objetivo apenas a validade, interpretação e a eficácia de normas constitucionais, segundo o disposto no art. 103-A, §1º da CF¹²⁶. Todavia, a Corte

aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

(STF - MI: 670 ES, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001)

¹²³ (STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)

¹²⁴ (...) O argumento de que a Corte estaria então a legislar- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

(STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

¹²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder. 2011, p.60.

¹²⁶ Art. 103-A, da CF: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

tem se utilizado desse instrumento para fins diversos do previsto¹²⁷. Não há admissão legal para que uma súmula vinculante inove o ordenamento jurídico; caso o faça, incorrerá em inconstitucionalidade. Além disso, trata-se de uma aberração jurídica, pois as obrigações impostas nessas sumulas não podem ao menos ser discutidas perante o judiciário.¹²⁸

O estabelecimento de um entendimento vinculante a todos os juízes tem efeitos nocivos à vida social, dentre os quais: limitação de maiores debates e o retardamento de possíveis mudanças de entendimento pelo próprio STF. Nesse aspecto, a súmula vinculante concorre para um “engessamento” do entendimento jurisprudencial.¹²⁹

Outro ponto é que muitas das vezes esse entendimento, apesar de arbitrário ou incorreto, é acatado pelos cidadãos pelo fato de que essa decisão pode ser alterada pelo tribunal hierarquicamente superior, que poderá se fundar numa melhor interpretação (ou mesmo pelo juiz inferior, quando altera seu entendimento a favor daquele aparentemente mais sentado). Com a súmula vinculante não há possibilidade de um debate amplo e irrestrito sobre qual entendimento deve prevalecer.¹³⁰

Uma última crítica é que existe a possibilidade do STF equivocar-se quando edita uma súmula vinculante. Nesse caso, a inovação realizada significará norma inconstitucional, insusceptível a controle de constitucionalidade.¹³¹

Dessa forma, a única conclusão razoável a que se pode chegar, é que as súmulas vinculantes representam exemplo de exercício ilegítimo de função legislativa pelo Poder Judiciário, por ferir o princípio democrático e os direitos fundamentais.¹³²

Feitas as análises pertinentes no presente capítulo, é possível concluir-se alguns pontos:

Considera-se que a Constituição apresenta as regras do jogo democrático, assegurando participação política ampla e o governo da maioria. Busca também a

¹²⁷ Exemplo à deturpação desse instituto pode ser apresentado pela Sum. Vinculante num. 13, que veda o nepotismo, criando uma proibição não prevista em lei.

¹²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder, 2011. p.61.

¹²⁹ BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado democrático de direito. **Revista jurídica**, Brasília, v. 11, n. 93, p. 1-27, fev./maio 2009. p.24.

¹³⁰ BERNARDO, Leandro Ferreira. 2009. p.25

¹³¹ BERNARDO, Leandro Ferreira. *Idem*. p. 61-63

¹³² BERNARDO, Leandro Ferreira. *Idem*. p. 63-66.

preservação dos direitos fundamentais necessários a uma existência digna e essencial ao debate político por garantir a participação de todos em iguais condições¹³³.

Dessa forma, jurisdição constitucional bem exercida é uma garantia para a democracia, não um risco. Todavia, não cabe ao Judiciário usurpar o papel do legislativo ou do Executivo, com exceção do que seja essencial para a preservação da democracia e dos direitos fundamentais; juízes devem atuar legitimamente, quando haja possibilidade de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição¹³⁴.

Com isso, concluímos que os critérios para autorizar a interferência e um dos Poderes sobre o outro está na proteção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos princípios da Constituição (entre eles: igualdade, democracia e dignidade da pessoa humana), que consagram o cerne da ordem jurídico-constitucional brasileira. Se o motivo da interferência não estiver localizado nesse núcleo, ela será indevida.¹³⁵

¹³³ MOURA, Emerson Affonso da Costa, 2014. p.239.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. **Revista eletrônica de direito do Estado**. n.18, mai./jun. 2009. p.05. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

¹³⁵ BACELLAR FILHO; HACHEM. 2011. p.70

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E SEUS REFLEXOS SOBRE O REGIME REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

É de suma importância para o presente estudo realizar algumas considerações sobre o princípio da igualdade, já que este possui grande relevância quanto às remunerações dos servidores públicos, gerando por vezes, divergências e controvérsias quanto à sua aplicabilidade. O princípio tem sido, a nosso entender, refutado pela Súmula Vinculante número 37, a qual consideramos inconstitucional e deveras inapropriada dado o novo contexto em que está inserido o Direito, à luz dos paradigmas neoconstitucionalistas, conforme já tratado em capítulo anterior.

O princípio da igualdade ou isonomia é um dos pilares de sustentação dos Estados Democráticos de Direito. Repetido por diversas vezes no decorrer da Constituição de 1988, que desde o seu Preâmbulo o traz como referência capaz de direcionar os paradigmas acolhidos pelo sistema jurídico vigente. É a principal fonte para que se pugne por um tratamento igualitário e justo, proibindo-se privilégios e distinções desproporcionais no âmbito de organização sociopolítica e econômica brasileira.¹³⁶

No entanto, para a efetiva aplicabilidade do referido princípio, não basta o seu reconhecimento em textos legais, sob um aspecto puramente formal, mas sim sua implementação por intermédio de instrumentos reais que possibilitem a concretização dos direitos conferidos em normas programáticas existentes no ordenamento jurídico.¹³⁷

Sobre o tema, José Afonso da Silva leciona que a isonomia refere-se a um preceito fundamental da democracia, que não admite privilégios e distinções consagrados em regimes liberais. No decorrer do tempo, não teve tanta importância quanto a dispensada aos discursos de liberdade, pois o conteúdo do princípio da igualdade acaba se afastando dos interesses das classes dominantes, que visam à manutenção de suas vantagens e continuidade do poder em suas mãos, os quais se asseguram, dentre outros, pelo auxílio que presta o ordenamento jurídico presente nos moldes das democracias liberais burguesas. Tal assertiva explica em grande parte o porquê do reconhecimento da igualdade em seu sentido jurídico-formal, ou

¹³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. 1999, p. 325.

¹³⁷ D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do princípio da isonomia. **Revista Processus**, Brasília, v.01, n.01, p.22-31, jan./mar. 2010. p.01.

seja: uma igualdade perante o texto seco e frio da lei, em detrimento à isonomia material, concernente ao esforço para efetivamente diminuir as desigualdades existentes.¹³⁸

Para compreendermos a adoção do princípio constitucional da igualdade jurídica concretamente adotado como base do regime remuneratório do servidor público (que permanece mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº. 19/1998, responsável pela exclusão da referência expressa à adoção da isonomia), que é a base do trabalho aqui proposto, será realizada uma sucinta explanação sobre seu conteúdo.¹³⁹

4.1 A ISONOMIA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: DIFERENÇAS ENTRE OS ASPECTOS FORMAL E MATERIAL

A igualdade jurídica passou por três fases distintas: na primeira, ocorrida desde meados do sec. XVIII ao início do sec. XIX, denotou-se o fim de privilégios de determinadas classes sociais e de pessoas dotadas de títulos especiais¹⁴⁰. Na segunda fase, instituída em meados do sec. XIX, buscou-se a igualdade jurídica no momento da aplicação do direito, no sentido de que a lei incidisse para todos de forma igual¹⁴¹. Já na terceira fase, originada desde o início do sec. XX e que perdura até os dias atuais, busca-se a aplicação desse princípio de forma efetiva, evitando que a desigualdade natural persista, inviabilizando a igualdade de direitos. Neste sentido, procura-se a superação de desigualdades materiais, fontes de outras desigualdades jurídicas e sociais.¹⁴²

Conforme já mencionado, a Constituição Federal de 1988 assegura a igualdade formal em seu art. 5º, caput, quando expressa que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, impedindo assim que os legisladores em face de uma igualdade legal admitam e publiquem leis que veiculem

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. 2011, p. 211

¹³⁹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. 1999, p. 325

¹⁴⁰ Nesse sentido, a igualdade jurídica tinha por conteúdo a formalização do fim de tratamentos jurídicos distintos devido a condições pessoais e sociais. Nesta fase solidifica-se a expressão de “igualdade perante a lei”.

¹⁴¹ Nesse aspecto, a expressão “perante a lei” passa a ser considerada quando da sua aplicação.

¹⁴² ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. 1999, p.326- 327.

dispositivos e normas violadoras do princípio da igualdade.¹⁴³ Todavia, essa igualdade formal implica em que a lei deva atingir a todos de forma isonômica, sem considerar as diferenças existentes entre grupos. Verifica-se, por conseguinte, que a Constituição assegura a igualdade formal e busca a efetivação da igualdade material, impondo ao Poder Público obrigações prestacionais, cujo cumprimento torne concreta a igualação.

Tratando dessa primeira forma assumida pela igualdade, ou seja, seu aspecto formal, Luis Pinto Ferreira argumenta que a igualdade perante a lei ou igualdade formal deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente ou a ser elaborada, devendo ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, como igualdade frente aos legisladores, administradores e juízes^{144, 145}.

No mesmo sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra “O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. Segundo o autor, pelo descrito no *caput do art. 5º*, a igualdade ali versada não se restringe a nivelar cidadãos por uma norma posta, mas também tem o condão de coibir que sejam editadas leis em desconformidade com o Princípio da Igualdade, para com o qual possuem dever tanto os legisladores quanto os aplicadores da lei em geral.¹⁴⁶

Já a igualdade material¹⁴⁷ é um instrumento para se concretizar essa igualdade formal, fazendo com que deixe de ser apenas letra fria de lei, para tornar-se real num contexto prático. Trata-se de um princípio programático a ser alcançado

¹⁴³ D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. 2010, p.03.

¹⁴⁴ O princípio da igualdade formal se dirige ao legislador, mas também aos juízes. Trata-se da “igualdade jurisdicional”, decorrente da igualdade perante a lei, ligada precipuamente à noção de democracia. Apresenta-se sob dois prismas: a) interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei, b) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitam tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça. Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada constitucionalmente, quando determina a garantia de acesso à Justiça (art. 5º., XXXV/ CF88), vedação à juízo de exceção (art. 5º, LIII), proibição de Tribunais de Exceção (art. 5º., XXXVII), etc. SILVA, José Afonso da. 2011, p. 218-219

¹⁴⁰ D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. 2010, p.03

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 09.

¹⁴⁷ Alguns exemplos quanto ao princípio da igualdade material citado na Constituição na CF/88: no art.5º, I (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”), arts. 3º,III e 170, VII (quando se preceitua a redução das desigualdades sociais e regionais), art. 14 (consagração do sufrágio universal e voto com valor igual para todos). A proteção igualitária se estende ao campo dos “direitos sociais” (art. 7º.), quando se proíbe diferenças salariais, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inc. XXX), bem como no tocante às vedações de “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão de portador de deficiência (inc. XXXI), dentre inúmeros outros dispositivos. FERREIRA, Sérgio de Andréa. Sobre um aspecto do princípio da igualdade: a mesmidade da situação jurídica estatutária dos servidores públicos e seus reflexos na coisa julgada. **Interesse Público**, São Paulo, v.11, n.58, p.31-50, nov./dez. 2009.p. 31-32.

pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Necessita de edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre indivíduos, como também de atos concretos por parte do Poder Público. É de suma importância, visto que é por sua égide que se dão as limitações às condutas das autoridades públicas, bem como o impedimento de práticas de atos discriminatórios sob pena de responsabilização penal e cível e quem os praticou¹⁴⁸. Rousseau a tinha como instrumento capaz de substituir o individualismo do homem hobbesiano. Para este autor, a igualdade material era de tão grande relevância, que a considerava como “grande objetivo do governo”, argumentando que a força da legislação deveria sempre mantê-la.¹⁴⁹

É de relevância observar-se que a aplicação do preceito de igualdade não se dá de forma estrita, como descrito no *caput* do art. 5º, sem maiores considerações. Deve sim, ser interpretado em consonância com outras normas constitucionais, principalmente no que tange às exigências de justiça social, objetivo da ordem econômica e social. A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, visto que não se limita ao enunciado de igualdade perante a lei, mas menciona também outras formas de igualdade, acrescentando ainda vedações a distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.¹⁵⁰

Outra ressalva a ser feita sobre o princípio aqui tratado, é que ele não deve ser considerado sob uma concepção individualista, que não considere as diferenças entre grupos. Quando se proíbe que o legislador faça distinções, não significa que a lei deva considerar todos os indivíduos abstratamente iguais, já que o tratamento igual deve ser dado a pessoas que se encontrem em situações idênticas, isso porque os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, impondo confronto e contraste entre situações diversas. Por tal assertiva é que se fundamenta a permissão à legislação de, por exemplo, tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, procurando equalizar sua condição aos demais (de “melhor” condição econômica)¹⁵¹.¹⁵²

¹⁴⁸ D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. 2010, p.02-03.

¹⁴⁹ D'OLIVEIRA. Maria Christina Barreiros. *Idem, Ibidem*

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. 2011, p. 214-216

¹⁵¹ SILVA. José Afonso da. *Idem, Ibidem*

¹⁵² Nesse sentido, Pontes de Miranda leciona que a desigualdade econômica não é de forma alguma uma *desigualdade de fato*, mas sim, resultante de *desigualdades artificiais*, ou *desigualdades de fato* mais *desigualdades econômicas* mantidas por leis. O direito, responsável em parte por sua criação, também pode extinguir ou ao menos atenuar essas diferenças a que deu respaldo, buscando uma maior igualdade econômica. SILVA, José Afonso da. *Idem, p. 217*).

A concretização do princípio da igualdade depende, portanto, do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque tal princípio em si mesmo nada diz sobre bens ou fins de que se serve para igualar ou diferenciar as pessoas ou situações: estas são iguais ou desiguais devido a certo critério de diferenciação adotado. Tal diferenciação, por sua vez, só terá relevo material, caso lhe seja agregada uma finalidade, que ocasione que as pessoas sejam iguais ou desiguais conforme um mesmo critério¹⁵³, dependendo da finalidade à que ele serve. Assim, resumidamente: a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Disso, tem-se que: *“fins diversos levam a utilização de critérios distintos, pois alguns critérios são adequados à realização de devidos fins, e outros não.”*¹⁵⁴

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, devem ser considerados alguns critérios para se verificar a adequação ao princípio da igualdade, ou melhor, dizendo, são critérios de verificação pelos quais se analisa o uso indevido do princípio. Para o autor, as leis nada mais fazem do que discriminar situações para então submete-las a regência de certas regras. Nesse sentido, importa saber quais seriam as discriminações intoleráveis. Apesar de ser claro que há diferenças facilmente perceptíveis entre as pessoas em geral, tais diferenças não podem ser utilizadas para servirem como justificativa a situação de discriminação sob a égide da isonomia. Um mesmo fator pode ser utilizado em situações distintas, sendo que em uma delas a isonomia estaria legitimamente resguardada e num outro caso não. Por exemplo: quando se utiliza o critério de “cor da pele” como determinante para justificar que “apenas homens brancos podem celebrar contratos de compra e venda” e em outro caso, se tem o mesmo critério, “exigindo-se para a contratação de enfermeiros a cor da pele negra, em local onde há uma epidemia por determinada bactéria, a qual, segundo estudos, não afeta pessoas desta cor”. Verifica-se claramente nesses exemplos que o mesmo fator de *discrimen* fere a igualdade no primeiro caso, mas não no segundo. Isso porque neste caso, há uma justificativa plausível para a discriminação efetuada, o que não ocorre no 1º

¹⁵³ Por exemplo, duas pessoas podem ser consideradas iguais ou desiguais de acordo como critério da capacidade econômica: devem ser vistas como diferentes para pagar impostos caso uma delas tenha maior capacidade contributiva. Todavia serão tratadas de forma igual para votar e para obterem o benefício de licença-maternidade, pois a capacidade econômica é neutra no que se refere a essas questões. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 162-163)

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. 2011, p. 162-163

exemplo. A discriminação, portanto, pode ser compatível com a isonomia quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida constante no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal relação não seja incompatível com os interesses resguardados pela Constituição.¹⁵⁵

Claro é que o princípio da igualdade proíbe tratamento desigual às pessoas, todavia, conforme observado acima, a própria lei dispensa tratamentos desiguais, já que as normas nada mais fazem do que discriminar situações, de forma que as pessoas compreendidas em umas ou em outras venham a ser colhidas por regimes diferentes. Assim, a algumas pessoas são deferidos certos direitos e obrigações, ao passo que estes não assistem aos demais. O que a ordem jurídica procura resguardar são as desigualdades fortuitas e injustificadas. Para atingir essa finalidade, o sistema normativo concebeu procedimento que impossibilita essas desigualdades, isso porque, ao exigir a igualdade, assegura que os preceitos genéricos, abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias para os atingidos.¹⁵⁶

Para avaliar a incompatibilidade dos critérios de diferenciação com o princípio da isonomia para com os preceitos constitucionais, é preciso verificar algumas questões: a) referência ao elemento tomado como fator de desigualação (deve-se investigar o que está sendo adotado como critério discriminatório, tendo-se em vista que a lei não pode singularizar no presente e definitivamente o destinatário. Isso porque a igualdade tem dupla função: propiciar garantia individual contra perseguições e de outro, coibir favoritismos. Dessa feita, se a lei impuser obrigações ou atribuir vantagens a uma só pessoa, estaria incorrendo em uma dessas proibições vedadas pela igualdade. Essa impossibilidade de reprodução da hipótese (que ocasiona a individualização do destinatário da norma) pode ser lógica¹⁵⁷ ou material¹⁵⁸. Cabe saber se a regra questionada deixa possibilidade a uma eventual

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 12.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*. p. 12-13.

¹⁵⁷ Inviabilidade lógica se dá quando a norma singularizadora apresentar situação atual impossível de reprodução, por força da própria abrangência racional do enunciado. Ex: lei que concede benefício x às pessoas que houvessem praticado certo ato, em ano anterior. Sendo conhecido que apenas uma pessoa desempenhara o comportamento previsto (MELLO, Celso Antônio Bandeira de .2011, p.23-25)

¹⁵⁸ Ocorre inviabilidade material quando não há empecilho à reprodução da hipótese, tendo o enunciado, todavia, descrito situação cuja particularidade revele uma improbabilidade extrema de

incidência futura sobre outros destinatários inexistentes à época de sua edição ou se, ao contrário, contempla definitivamente apenas um destinatário atual. Neste último caso, haverá flagrante quebra ao preceito da igualdade. Para que não ocorra agravos à isonomia, a lei poderá atingir uma categoria de pessoas ou voltar-se apenas a um sujeito, desde que este seja indeterminado ou indeterminável no presente.), b) refere-se à correlação lógica e abstrata existente entre fator utilizado como critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado (deve-se verificar se há justificativa racional/ lógica para utilizar-se do fator discriminatório a fim de atribuir o específico tratamento jurídico construído frente à igualdade defendida).¹⁵⁹

A lei não pode conceder tratamento específico- vantajoso ou desvantajoso- em relação a traços e circunstâncias peculiarizadoras de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada) c) diz respeito à consonância desta correlação lógica com os interesses observados no sistema constitucional e destarte juridicizados (verifica-se aqui se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é concretamente consoante aos valores erigidos no sistema normativo constitucional. Não é qualquer fundamento lógico que autoriza a desequiparação, mas os que se orientem conforme os preceitos constitucionais).¹⁶⁰

Quanto aos quesitos apresentados, tem-se resumidamente que: deve existir não só uma correlação lógica abstrata entre fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se ainda que haja uma correlação lógica concreta com os valores constitucionais. Para o autor, somente a análise desses três aspectos é o que possibilita a análise correta do problema (hostilidade à isonomia), que pode se enquadrar em qualquer um deles. Não é suficiente o reconhecimento de uma regra de direito que se encaixe no primeiro aspecto. A regra deve ser estar em consonância também com o segundo e terceiro aspecto para ser plenamente legítima.¹⁶¹

recorrência, que sirva como denúncia do proposito de singularização atual absoluta do destinatário. Por exemplo: Norma que concede benefício ao Presidente da República que tenha xx anos de idade, tais títulos universitários e que ao longo de sua trajetória tenha exercidos cargos X e Y. Isso exemplifica uma finalidade singularizadora, viciosa, portanto.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2011, p. 26-35.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 35-43.

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*. p. 47-48.

Diante do exposto, verifica-se ao longo do tempo uma crescente evolução do conteúdo e extensão do princípio da isonomia; desde sua concepção até sua aplicabilidade no constitucionalismo, pelo qual se busca uma efetiva aplicação das normas constitucionais. Tem-se a igualdade jurídica como fonte de justiça concreta, norteadora de aplicação de conteúdo, interpretação e aplicação das normas constitucionais. Denota-se pela evolução do princípio aqui tratado, que apenas sua existência formal não é suficiente, perfazendo-se necessária a busca por sua concretização, em prol de garantir direitos mediante uma eficácia jurídica e social das normas que a determinam.

A interpretação desse princípio deve levar em conta a existência de desigualdades e injustiças, para a promoção de uma igualdade plena. Dessa forma, a igualdade não se evidenciará somente perante a lei, mas também junto a todo Direito, perante a justiça, escopos sociais e políticos, gerando reais oportunidades de que os indivíduos terem condições dignas de vida. Portanto, o princípio da isonomia não pode ser considerado apenas como mandamento de um Estado de Direito, mas deve ser entendido como um princípio de Estado Social. É um mandamento amplo, que abarca diversas situações, devendo por isso, ser observado pelos aplicadores de direito em qualquer segmento, sob pena de violação direta de violação de quase todos outros princípios existentes no ordenamento jurídico, já que a isonomia é a base de toda ordem constitucional vigente. A sua inserção na Constituição não é apenas estética, mas constitui princípio com plena eficácia, que deve ser respeitado, pois caso contrário, será caso de inconstitucionalidade, a qual caberá ao Poder Judiciário controlar.¹⁶²

4.2 A ISONOMIA APLICADA AOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Em um primeiro momento, será realizado um breve *parêntesis* sobre o conceito do termo “servidor público”, para então, passarmos ao princípio da igualdade no âmbito de seus vencimentos.

Segundo Cármen Lucia Antunes Rocha, servidor público refere-se à pessoa física, que participa de uma relação jurídica trabalhista, de caráter não eventual com

¹⁶² D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. 2010. p.09.

uma pessoa estatal, sob regime de direito público ou determinado por princípios de direito administrativo, investindo-se em cargo público de natureza civil. É um trabalhador público, que participa de relação trabalhista na condição de profissional. Além disso, cumpre papel de cidadão na condução da coisa pública em cujo desempenho lhe é dado trabalhar, tendo por isso, uma dupla condição jurídica: a de cidadão componente da estrutura orgânica do ente político estatal e a de trabalhador. Até meados do sec. XIX era visto apenas como parte da estrutura organizacional do Estado, e não como trabalhador. Assim, não teve seus direitos e deveres cuidados devidamente, preocupando-se a legislação apenas com sua responsabilidade junto à sociedade. Passado a ser considerado também trabalhador, traçou-se seu status com as devidas especificidades, alcançando direitos elencados normativamente.¹⁶³

Por conta dessa dupla função que possui (membro interno do Estado e trabalhador), o regime jurídico formulado para o servidor público traduz o modelo de Estado adotado, inclusive suas ideologias e posições sociais. Isso ocorre, pois, o esboço jurídico que modela o Estado traduz o regime jurídico adotado para os servidores e diz como se efetua sua presença e organização no serviço público. É a partir deste serviço público que se revelam os paradigmas adotados pelo Estado, designando quais servidores necessários ao modelo de Estado eleito para uma determinada sociedade política. Nesse sentido, temos como exemplo o texto apresentado pelo Congresso Nacional na Proposta de Emenda Constitucional nº 19/1998¹⁶⁴. Com a reforma proposta, verifica-se uma concepção neoliberalista adotada pelo Estado, segundo a qual o servidor público estaria eivado das mesmas e únicas qualificações técnicas dos demais trabalhadores, sem vinculação ética, política e social com a pessoa jurídica cujo quadro integra.¹⁶⁵

¹⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p. 78-80

¹⁶⁴ Na proposta da Emenda 19/98, encontra-se a seguinte assertiva: “Para esse Governo, a reforma administrativa é componente indissociável do conjunto de normas constitucionais que está propondo à sociedade. São mudanças que reconduzirão à reestruturação do Estado e à redefinição de seu papel e da sua forma de atuação, para que se possa alcançar um equacionamento constante e duradouro da crise”. Neste caso, com a reestruturação proposta, faz-se claro a opção por um modelo neoliberalista, pelo qual se tem um modelo de Estado mínimo, onde se opta por menos serviços públicos, pretendendo-se gerenciar os servidores apenas como trabalhadores, distanciando-se dos princípios jurídicos que integram uma pessoa pública. Nesse modelo neoliberal, o servidor público atua cada vez menos como cidadão, pondo-se como um profissional trabalhador no mercado de trabalho, e nada mais. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Idem*, p. 80-81.

¹⁶⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Idem, Ibidem*.

Com a Emenda Constitucional 19/98 em vigor, a Constituição deixa de considerar como servidores públicos os militares. Desde então, passa a fazer parte dessa categoria apenas os civis. Por seu texto (que se coloca ora de forma aditiva, ora supressiva e ora modificadora), foram alterados trinta dispositivos constitucionais, fora os artigos com disposições específicas que passaram a integrar o texto constitucional. Cuida-se de uma verdadeira mudança de princípios modelares do subsistema administrativo acolhido constitucionalmente.¹⁶⁶

Além de todas as modificações já tratadas, houve ainda pela referida Emenda a supressão do termo “*isonomia*” no que se refere à remuneração dos servidores públicos, como descrevia o art. 39, §1º da Constituição de 1988, em sua redação originária. Todavia, sendo o princípio da igualdade basilar em nosso ordenamento jurídico, essa supressão não deixa de obrigar a Administração Pública a respeitá-lo, lembrando que os princípios fundamentais dos trabalhadores (assentados no art. 39, §3º) são inafastáveis do regime jurídico do servidor público.¹⁶⁷

A obrigatoriedade de observância estrita ao princípio da igualdade relativa à contraprestação do trabalho constitui garantia de todas as pessoas, não podendo ser suprimido, pois trata-se de direito fundamental. Pleiteara igualdade jurídica de remuneração dos servidores é apenas uma maneira de se ver efetivada essa garantia. Sua supressão expressa, não constitui exclusão normativa. Dessa forma, caso o legislador venha a definir regras que ensejem regimes remuneratórios diversos para situações iguais, estará incorrendo em inconstitucionalidade, passível de ser desfeita pelo *controle de constitucionalidade*.¹⁶⁸

Sobre o tema, o autor Ivan Barbosa Rigolin explica o sentido do termo “*isonomia*” (contida expressamente no texto constitucional originário, no art. 39, §1º, que não deixa de ser válido, já que o princípio continua vigente, conforme anteriormente explicitado) aplicado à remuneração dos servidores públicos da seguinte forma: o mandamento determina à Administração que ao editar suas leis de organização do quadro de pessoal, deve observar a igualdade entre os cargos de um mesmo Poder ou de Poderes distintos. Sempre que a esfera do Poder patentear

¹⁶⁶ Segundo a mensagem nº. 886 de 1995, encaminhada como justificativa à Proposta, a Emenda teria o condão de efetivar uma “administração pública gerencial”, pautada precipuamente na busca de resultados pela Administração, a qual deveria prestar “menos ênfase” aos meios (procedimentos). A inspiração para a Administração seria a gestão empresarial, tendo o cidadão como cliente. Brasília: Ministério da Administração e da Reforma do Estado, 1995.

¹⁶⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p. 329

¹⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Idem*, p. 330.

essa igualdade deverá igualar correspondentemente a remuneração básica (padrão ou valor inicial) desses postos. É como afirmar que *trabalhos iguais correspondem a iguais salários*¹⁶⁹, como já consta há tempos na CLT. Trata-se de uma maneira de exercer a justiça, alega o autor, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.¹⁷⁰

Segue o mesmo raciocínio Hely Lopes de Meireles, que argumenta que o princípio da isonomia impõe tratamento igual para os realmente iguais. Pondera ainda que a *igualdade nominal não se confunde com a igualdade real*, já que cargos de mesma denominação podem ser funcionalmente desiguais, tendo em vista as condições de trabalho desses cargos, funções equivalentes podem se diversificar pela qualidade ou intensidade do serviço realizado, ou ainda, pela habilitação profissional dos que a realizam. É somente a situação de fato que poderá verificar a identidade ou não entre os cargos e funções nominalmente iguais.¹⁷¹ O mesmo entendimento seguiram Adiles Lorza Ladeira e Eurípedes Clovis de Paula em parecer proferido sobre a questão. Tratando sobre a irrelevância da denominação dos cargos ou funções públicas, argumentaram que somente um exame detalhado das atribuições exercidas nos cargos a que se pretende aplicar o sistema de paridade é que se poderia determinar existência de identidade ou semelhança entre eles.¹⁷² Ou seja, da mesma forma em que há casos de cargos iguais com funcionalidades distintas, há também os que têm denominações diferentes, mas com atribuições iguais. O que, aliás, é feito para burlar a regra de paridade de remuneração.

Sobre a aplicação do princípio da igualdade às remunerações dos servidores públicos, concordamos plenamente com o entendimento de Adilson Abreu Dallari, o qual afirma com precisão a necessidade de aplicação do princípio em epígrafe, discordado veementemente do conteúdo da Súmula 339 do STF (que foi substituída

¹⁶⁹ Nesse sentido, baseando-se numa igualdade que leva em consideração a atribuição exercida e não o nome dado ao cargo ocupado pelo servidor, há como exemplo a ementa da AC 162.400, de 1967, do TJSP: “Não é a identidade de expressão denominadora do cargo que dá ao funcionário direito à isonomia de vencimentos, e sim, a identidade de funções”. Ou ainda o EI 193.575 SP, do mesmo TJSP, de 1971: “A função exercida pelo servidor público determina a remuneração correspondente”.

¹⁷⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. 1989, p. 152-153.

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23a. ed. atual. AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1998.p. 365-366

¹⁷² “Paridade de Vencimentos”, in RPD 82/211 *apud* DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 64.

em 2014, com o mesmo teor, pela Súmula vinculante nº 37 STF). O autor, sabiamente, argumenta que quando aplica ao caso concreto o princípio da isonomia, o Judiciário não estará legislando, mas tão somente exercendo função tipicamente jurisdicional, já que a Constituição determina que a trabalhos iguais devem corresponder uma mesma remuneração. Ou seja, quando a divergência de remuneração para cargos de iguais atribuições for demonstrada, caberá ao juiz determinar o cumprimento da Constituição. O que não deve ser feito é cumpri-la pela metade, escolhendo o Judiciário qual regra aplicar ou qual deixar de aplicar (ou para quem aplicar), infringindo flagrantemente o princípio da isonomia, ao permitir que dois servidores, que executem um mesmo trabalho percebam remunerações distintas.¹⁷³

Portanto, quando o Judiciário determina que se cumpra a Constituição, não está se apropriando da função do Poder Legislativo, mas sim, exercendo sua função específica: aplicando a lei a fim de resguardar os preceitos constitucionais. Se a Constituição, por vezes em seu texto, afirma e preconiza o princípio da igualdade, considerado como uma das bases de um sistema democrático, deixar de aplicá-lo no que diz respeito à remuneração dos servidores, trata-se de flagrante inconstitucionalidade: um desrespeito à Constituição, que não pode ser tolerado por quem tem o dever de cumpri-la.

¹⁷³ DALLARI, Adilson Abreu. 1992, p. 65

5 A NECESSIDADE DO CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 37

No presente capítulo, será feito um breve relato sobre a Súmula 339 do TSE, cujo texto- recentemente- passou a formular o conteúdo da Súmula Vinculante nº. 37. Procura-se apresentar algumas considerações sobre o contexto histórico no qual se encontrava pautado o Direito vigente à época da edição do referido instituto, bem como verificar as modificações ocorridas no Ordenamento jurídico pátrio no decorrer desse período, a fim de apresentar justificativas quanto à incompatibilidade da súmula com o ordenamento jurídico pátrio e a consequente necessidade de seu cancelamento.

Tal imperativo se torna evidente, visto que há a necessidade de que o Judiciário exerça devidamente seu papel de aplicador não só da lei, mas também no que concerne aos princípios fundamentais, que se põem como base de nosso Estado Democrático de Direito.

5.1. BREVE HISTÓRICO DA SÚMULA 339 E A SUA EVIDENTE INCONSTITUCIONALIDADE.

A Súmula 339, do Supremo Tribunal Federal, que veda aumento dos vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, diante de nosso modelo de Estado Democrático de Direito configura-se como norma inconstitucional.

Isso porque, o argumento de incompetência utilizado pelo Tribunal é claramente conflitante com o atual modelo neoconstitucional, segundo o qual, impera a supremacia da Constituição.

A conjuntura político-social desde a edição da súmula se modificou drasticamente. O Direito, que não é ciência inerte, deve se adequar à realidade, fazendo valer os princípios fundamentais para que seja real o status de Estado Democrático de Direito, não um mero ideal.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura conservadora no que se refere à sua função de Guardião constitucional no presente caso. No tocante à súmula aqui tratada, utiliza-se do fundamento de que não lhe é cabível

interferir nos vencimentos dos servidores, sob pena de transgredir o Princípio da Tripartição dos Poderes, uma das bases de um Estado Republicano. Entretanto, tal argumentação não se faz pertinente, e o que se verifica é uma postura omissa por parte do tribunal, que tem fechado os olhos diante de uma séria afronta ao princípio da igualdade, devido à sua abstenção em atuar nos casos em que servidores públicos têm seus direitos rechaçados pelo legislador e Administração Pública.

A fim de elucidar o ponto de vista aqui defendido quanto à necessidade de cancelamento da súmula vinculante nº 37, serão realizadas algumas considerações sobre o contexto histórico à época da edição da súmula 339 e as modificações posteriores, que a tornam incompatível com os novos paradigmas do ordenamento jurídico contemporâneo.

A súmula nº 339 teve origem em 1963, quando vigia a Constituição promulgada em 1946. Nesta, o constituinte se preocupou em garantir e especificar de forma incisiva a harmonia e independência dos Poderes, reduzindo a hipertrofia do Executivo e procurando assegurar um Legislativo mais forte e independente. Uma das causas dessa postura referia-se ao receio que se instaurasse novamente um governo totalitário, como o de Getúlio Vargas, que havia sido posto a fim recentemente. Em tal período, houve um excesso de poder concentrado nas mãos do Presidente da República, que o executou de forma desmedida e sem oposições¹⁷⁴. Com o fim da ditadura getulista, a Assembleia Constituinte se reuniu, pugnando pelo progresso e redemocratização nacional, visando substituir a Constituição de 1937, que era marcada pela proeminência quase absoluta do Poder Executivo e pela consequente fragilidade do Poder Legislativo. Contudo, a adoção de uma separação estrita de Poderes, gerou um período marcado pela exagerada ênfase na atuação legislativa, desequilibrando-se a balança em favor do legislativo. Houve, conseqüentemente, um efeito inesperado, que foi o engessamento da atuação dos três poderes, cada qual em sua esfera de competência. Tal engessamento impossibilitou ingerências entre eles, o que afetou de forma grave a necessária reciprocidade essencial ao exercício de controles externos.¹⁷⁵

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. 2011. p. 84-85

¹⁷⁵ MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. O fim da súmula 339 do STF: pela devida aplicação do princípio da isonomia. **A&C, Revista de direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, jul./set. 2011. p. 03-04.

Nesse contexto, passou a utilizar-se no país um modelo de Estado Legislativo¹⁷⁶, pelo qual o Judiciário seria responsável apenas pela estrita aplicação das leis criadas pelo legislador, fugindo de suas atribuições a livre interpretação das normas¹⁷⁷. Esse modelo de Estado pautava-se, sobretudo, na teoria da separação dos poderes, difundida por Montesquieu em sua obra *“Do Espírito e das Leis”*¹⁷⁸. Destarte, além de refrear os abusos cometidos pelo Executivo, passou-se a questionar a legitimidade democrática do Judiciário, entendendo-se que a função de escolhas políticas e morais da sociedade eram de competência dos representantes eleitos pelo povo. Tal raciocínio acabou gerando inefetividade dos direitos fundamentais, os quais só voltaram a ter proeminência em nosso ordenamento constitucional com o advento do modelo de Estado Social^{179, 180}.

Com a modificação do perfil do Estado e a adoção de paradigmas neoconstitucionalistas, passa a ser recepcionada pela Constituição a ideia de Estado Democrático de Direito. A partir de então, adota-se o dever de promoção da igualdade por intermédio de prestações positivas. Deixa-se de se ver a sociedade como homogênea e passa-se a analisá-la como heterogênea, dotada de diferenças que necessitam de correções, impondo-se uma releitura da concepção de jurisdição e das relações entre os poderes do Estado.¹⁸¹

¹⁷⁶ Tal modelo teve ascensão na Europa, no fim do sec. XIX. Foi implementado pela burguesia, classe com poder econômico à época, que percebeu nessa forma ideológica um mecanismo para assegurar também seu poder político. O modelo de Estado Legislativo assentava-se fortemente na ideia de separação de Poderes e no positivismo jurídico. De acordo com essas bases, não cabia ao Judiciário interpretar as leis, mas somente aplicá-las conforme os dispositivos legais. SILVA, José Afonso da. 2011. p. 86.

¹⁷⁷ Em sua forma originária, o modelo de Estado Legislativo não possibilitava a livre interpretação do Judiciário. Os magistrados resumiam-se à “boca da lei”. Esse raciocínio tem fundamento de cunho político, pois representava os anseios da classe burguesa em ascensão, que via o Judiciário com séria desconfiança, devido a seus abusos cometidos em período anterior à Revolução Francesa. CLÊVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo. RT, 2000. p.60-61)

¹⁷⁸ MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: Oeuvres Complètes. Paris: Seuil, 1964 (A principal preocupação deste autor em sua obra era resguardar a liberdade do indivíduo, e este foi o mote da sua Teoria de Separação dos Poderes. Para ele, a liberdade só estaria protegida se cada poder pudesse ser refreado, tendo seus excessos contidos).

¹⁷⁹ O Estado Social, que seguiu ao Estado Liberal, assenta-se na ideia de Justiça Social, visando à concretização de condições políticas, econômicas e jurídicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais, existentes na base desse modelo de Estado. A partir desse entendimento, formulou-se o paradigma que viria a se tornar o Estado do Bem Estar Social, no qual se tem assegurados não apenas a formalização dos direitos fundamentais em normas constitucionais, mas também o implemento de ações que possibilitem a efetivação desses direitos. Em decorrência disso, são impostas obrigações estatais positivas específicas junto ao reconhecimento desses direitos. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, 1999, p.16-17

¹⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. 2012, p. 121-124.

¹⁸¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*. p. 125

É nesse contexto que se altera também a concepção de Direito, que passa a ser visto sob uma ótica valorativa, exigindo-se do Judiciário uma interpretação que considerasse valores morais, éticos e de justiça. A interpretação também deveria apreciar os princípios constitucionais. Esse tipo de interpretação era vedado até então, de acordo com os paradigmas de um Direito marcado pelo positivismo. Dessa feita, ao ser recepcionado o modelo de Estado Democrático de Direito, evidencia-se a importância dos direitos fundamentais. Com as significativas modificações sobrevindas, a Constituição, por sua vez, passa a ter força normativa, vinculando não apenas o Legislativo, mas também o Judiciário e Executivo.¹⁸²

Tais mudanças consecutiram fortemente na Jurisdição, que passou a ser responsável pela tutela de direitos, com o ônus de viabilizar a efetividade das garantias constitucionais, já que a proteção dos direitos fundamentais é de competência do Estado, e não apenas do legislador. Por esta perspectiva o magistrado deve analisar se há supressão de um direito fundamental devido a omissão legislativa, e se este for o caso, deverá suprir a referida lacuna. Toma assim a separação dos poderes tradicionalmente conhecida uma nova forma, sob a égide na necessidade de concretude de um Estado Constitucional.¹⁸³

Abandonando-se o conceito restritivo de separação dos poderes, adota-se um sistema de *freios e contrapesos* entre eles, pelo qual objetiva-se uma convivência harmônica, com a devida interdependência e sujeição recíproca. Por essa concepção, o Judiciário passa a ser responsável pela defesa das garantias constitucionais, frente ao Legislativo e Executivo. O papel do juiz é de extrema importância, funcionando como um contrapeso a fim de possibilitar a concretização da tutela do direito. Isso se verifica principalmente pela possibilidade legada ao Judiciário para corrigir omissões e negligências no cumprimento dos comandos constitucionais praticadas pelos demais poderes estatais. Ressalta-se que esse controle exercido pelo Judiciário é um importante instrumento para garantir a concretude dos direitos fundamentais (cuja implementação não depende de lei para ter efetividade, pois tem aplicabilidade imediata) resguardados pela Constituição. Disso infere-se que nos casos em que o Legislador ou Administrador não cumpram com seus deveres, o Judiciário deve interferir (não se trata de uma faculdade, mas de uma responsabilidade constitucional) como forma de garantir a Supremacia da

¹⁸² HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*. p. 125-126

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p.95

Constituição. É essa função do judiciário de concretizar as tutelas garantidas constitucionalmente que torna capaz (nos casos de omissão do Legislativo ou Executivo) a efetividade dos direitos fundamentais.¹⁸⁴

É com base em todas as considerações apresentadas que se discute o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à Súmula nº 339, repetido atualmente em com a edição da Sumula Vinculante 37, o qual mitiga o princípio da igualdade, sob o argumento de respeito ao princípio da separação dos poderes estatais.

Ora, é de fácil observação que em 1963, quando o dispositivo jurídico foi editado, toda a conjuntura política e social era diversa da atual, assim como o cenário constitucional instalado naquele momento, o que embasou o entendimento da Suprema Corte à época, que era do Legislativo a competência de editar leis sobre a remuneração dos servidores públicos (de acordo com o art. 65, IV, da Constituição de 1946), não cabendo ao Judiciário apropriar-se de tal prerrogativa, aumentando vencimentos nos casos concretos sob fundamento de isonomia, pois estaria- caso assim o fizesse- afrontando à Tripartição dos Poderes, conforme art. 36 daquela Constituição. Àquela época, a Súmula num. 339 condizia com as aspirações do Constituinte, que buscava o fortalecimento do poder do Legislativo, frente aos demais poderes. Destarte, como a função de fixar vencimentos de servidores públicos era matéria de competência do Legislativo, o Judiciário não poderia sem delegação constitucional expressa, praticar atos que implicassem o mesmo efeito. Havia naquele momento uma supervalorização do princípio da legalidade estrita, que impedia as discussões sobre isonomia e segurança jurídica nos casos concretos.¹⁸⁵

Entretanto, após certo lapso temporal, o positivismo legalista que estruturava as Constituições de cunho liberal (assim como todo o ambiente doutrinário que propiciou a edição da Súmula 339) foi superado depois de uma verdadeira transformação paradigmática. Passou a vigorar no campo do Direito uma nova concepção, advinda com o modelo neoconstitucionalista, que visava à efetividade e supremacia constitucional, responsável pela garantia e efetividade de direitos. Nessa nova forma de se “ver” a Constituição, os dispositivos nela contidos prevalecem em

¹⁸⁴ HACHEM, Daniel Wunder. 2012. p. 127-128.

¹⁸⁵ MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. 2011. p.04.

detrimento da lei formal, passando a vigorar dois importantes conceitos: a supremacia constitucional e a força normativa dos princípios.¹⁸⁶

De tais conceitos, inferem-se duas importantes consequências: de um lado a supremacia da Constituição garante sua superior posição hierárquica em casos de confronto com as demais normas do sistema jurídico, assim, a validade das leis depende também da sua compatibilidade com os preceitos constitucionais¹⁸⁷ e de outro lado, os princípios passam a ser considerados normas jurídicas, junto às regras constitucionais, eivados de imperatividade e efetividade.¹⁸⁸

Dessa forma, observa-se que não se faz possível atualmente uma aplicação fria e pura da lei, pois a interpretação e a aplicação de todo ordenamento deve estar de acordo com os preceitos constitucionais, tanto em sentido material quanto formal.¹⁸⁹

Clarifica-se, por conseguinte, a impossibilidade de aplicação da Súmula vinculante num 37, visto que por ela, o Judiciário vem se eximindo da defesa de um princípio constitucionalmente instituído, mitigando dessa maneira um direito fundamental dos servidores públicos, que vem sendo, por sua vez, destituídos de usufruir de uma garantia que lhes é de direito.

Já foi tratado sobre o princípio da igualdade em capítulo anterior, mas não custa reforçar que se trata de um direito fundamental, cuja aplicação deve ser dada de imediato¹⁹⁰ pelo judiciário em caso de omissão por parte do legislador ou administrador público.

¹⁸⁶ MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Idem*, p.05.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 84, 244.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291-292.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p.06.

¹⁹⁰ O §. 1º do art. 5º da Constituição Federal informa que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Tal dispositivo dá margem ao entendimento de que todos os direitos fundamentais são definidos por normas de eficácia plena, não carecendo de regulamentação infraconstitucional para gerarem seus efeitos. Todavia não é assim, já que há certos direitos fundamentais que demandam para seu exercício algumas mediações concretizadoras, tendo em vista que sua previsão constitucional não dispõe dos elementos mínimos indispensáveis que lhe possam conferir pronta aplicabilidade. Nestes casos, quando houver a necessidade de regulamentação infraconstitucional por parte do legislador ou inércia por parte do Executivo, que tenham por consequência impedir a fruição desses direitos, haverá relevância jurídica, assumindo assim o Judiciário o dever de promover as adequações necessárias para a concretização das garantias constitucionais, dando sentido ao princípio da aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, §1º. HACHEM, Daniel Wunder. A Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 Anos de Obscuridade nas Brumas do Senso Comum Teórico. **Revista jurídica da Faculdade de Direito** (Faculdade Dom Bosco), Curitiba, nº. 04 , p. 102-127, 2008. p. 116, 122-123.

O STF ao utilizar-se do argumento de que não cabe ao Judiciário interferir no que tange aos vencimentos dos servidores por estar invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo, ainda que a tutela seja buscada junto ao Judiciário pautado no princípio da isonomia, não coaduna seu entendimento com o ordenamento jurídico pátrio vigente, posto que de acordo todos os elementos construídos na hermenêutica constitucional, já assentou-se o entendimento de que, ainda que a Constituição de 1988 acolha a validade do princípio da separação dos poderes, esta não é- de forma alguma- absoluta, já que deve pautar-se na harmonia e equilíbrio entre eles.

Já se encontra superada a rígida interpretação da tripartição dos poderes, assumindo em seu lugar um sistema de *checks and balances*, pelo qual se permite a interferência de um poder no outro, a fim de resguardarem-se direitos e garantias fundamentais, cuja igualdade é exemplo¹⁹¹. Diante à normatividade cujos princípios são dotados, de acordo com o sistema de pesos e contrapesos, nos casos de desrespeito ao dever de aplicação da igualdade, deve o Judiciário aplicar diretamente a Constituição, declarando a lei inconstitucional ou anulando o ato administrativo praticado, para sanar a afronta à isonomia, restabelecendo-se dessa forma a proteção ao direito fundamental mitigado.¹⁹²

Percebe-se assim, que a aplicação da isonomia conforme se indica não pode ser considerada usurpação de competência do Legislativo pelo Judiciário. Trata-se tão somente de respeito à Constituição, diante de uma afronta a preceito fundamental, que por ser inconstitucional merece interferência do Judiciário, visto que é a ele conferida a responsabilidade de garantir a concretude desses direitos, quando os demais Poderes se omitem em relação a eles ou os aplicam de forma inconstitucional. É dele, portanto, não a prerrogativa, mas o dever de decidir em prol da efetividade dos direitos fundamentais quando provocado. Caso contrário, cai por terra o preceito de supremacia constitucional, diante da inércia deliberada dos Poderes instituídos, tornando-se lei morta os ideais e fundamentos constitucionais, e com eles, a garantia de efetividade dos direitos fundamentais: uma deliberada afronta a um Estado que se intitula como sendo “Democrático de Direito”¹⁹³.

¹⁹¹ MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. 2011. p.08-09.

¹⁹² MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. *Idem*. p.10.

¹⁹³ Quanto ao princípio da Isonomia no que tange à remuneração dos servidores públicos, vários autores corroboram com o entendimento de que a aplicação deve ser realizada, como se pode observar nos seguintes trechos abaixo:

5.2 MODIFICAÇÃO DA SÚMULA 339 STF PARA SÚMULA VINCULANTE 37: EFEITOS

Foi citada algumas vezes no decorrer desse trabalho a alteração quanto à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, que no ano de 2014 passou a vigorar como Súmula Vinculante 37. Tal modificação surte efeitos graves, tendo em vista os efeitos consecutivos do instituto que passa a modular.

Diante disso, por ser parte do tema de estudo, serão feitas algumas considerações conceituais sobre os institutos das súmulas, principalmente no tocante às de espécie vinculantes, bem como seus impactos jurisdicionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, as súmulas são divididas em três categorias: súmulas persuasivas, impeditivas de recurso e vinculantes, sendo cada uma delas dotada de uma função e imposição vinculativa.

As súmulas persuasivas, de acordo com o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, se caracterizam por não se revestirem de força coercitiva ou *lege lata*. Sua eficácia se perfaz pela proeminência e respeitabilidade que o tribunal emissor exerce junto às demais instancias a ele reportadas, ou seja, sua eficiência é pautada em elemento metajurídico: respeitabilidade do órgão emissor. Em resumo, a

“Quanto ao regime remuneratório dos servidores públicos, a Constituição buscou fundamentos no art. 23, II, da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, onde se põe que *“Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho”*. A norma insculpida no art. 39, §1º da Constituição de 1988 determinava que o legislador viesse a assegurar, “aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos (...). A Emenda Constitucional 19/98 suprimiu aquela norma. Não suprimiu, contudo, a obrigatoriedade de observância estrita ao princípio da Igualdade (...). E não o poderia fazer, porque o princípio da igualdade em todas as suas manifestações, inclusive quanto à contraprestação do trabalho, constitui direito fundamental de todas as pessoas. Esses direitos são insuscetíveis de serem abolidos (...)”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. 1999, p. 328-329).

“É que acompanho a tese sustentada pelo STF e consubstanciada na Súmula 339 (...). Entendemos que, no caso, o Tribunal não estaria legislando e sim, ao dar tratamento isonômico, apenas corrigindo a errônea colocação de um fato debaixo da hipótese legal, que não era apropriada, para situá-lo no devido lugar, sem, entretanto, criar qualquer hipótese legal (...). Entendemos que a própria Súmula está equivocada(...). Se a Constituição determina que a trabalhadores iguais deve corresponder a mesma remuneração, toda vez que isto for demonstrado, caberá ao juiz determinar o puro e simples cumprimento da Constituição.” DALLARI, Adilson Abreu. 1992, p.65.

“Já foi visto que a Emenda Constitucional no. 19 excluiu do artigo 39, § 1º, a regra que assegurava isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores de dos Poderes Executivo, legislativo e Judiciário. Isto, contudo, não impedirá que os servidores pleiteiem o direito à isonomia, com fundamento no artigo 5º, caput e inciso I.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2014, p, 618.

súmula emana uma força persuasiva, influenciando na convicção do julgador, mas sem obrigá-lo a utilizar-se em sua decisão, da tese assentada¹⁹⁴.

Ressalta-se que as súmulas persuasivas podem tratar de qualquer matéria em seu conteúdo, pois como sua principal função é firmar um entendimento sobre determinado assunto, não há razão para limitar seu campo de atuação. Outra peculiaridade é que qualquer Tribunal pode editar súmulas persuasivas, independentemente de sua competência funcional ou hierarquia, essa prerrogativa coaduna-se com a regra da persuasão racional do juiz, nos moldes do art 131 do CPC¹⁹⁵. Assim, observa-se que a súmula pode ser um dos elementos racionais considerados pelo julgador em sua decisão, todavia, não poderá de forma alguma impor-se peremptoriamente, visto que, ainda que tenha posição dominante e incisiva, não é capaz de obrigar juridicamente sua utilização, possuindo caráter apenas informativo e didático sobre temas abordados em seu conteúdo material.¹⁹⁶

Outro tipo de súmula refere-se às impeditivas de recurso. Tal instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da promulgação da Lei num. 11.276/2006, que inseriu no art. 518 do CPC o § 1º¹⁹⁷, que em síntese, diz que o juiz não receberá recurso de apelação interposto contra sentença que esteja em conformidade com súmula do STJ ou STF, ou seja, uma súmula dos tribunais superiores serve como obstáculo para subida de recurso que tenta atacar ou desconstituir uma matéria já definida como pacífica mediante entendimento previamente sumulado.¹⁹⁸

Importa observar que a proposta trazida pela instituição da súmula impeditiva de recurso não é vincular o juiz de 1ª grau às orientações dos órgãos judiciais superiores, mas sim, agilizar o julgamento de questões já decididas e pacificadas pelo STF e STJ, sem, entretanto, engessar a variação de entendimentos nos juízos

¹⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2ª.ed. São Paulo: RT, 2001. p. 331, 375.

¹⁹⁵ Art. 131, CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

¹⁹⁶ ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 181-192, ago. 2013. p. 184.

¹⁹⁷ Art. 518, §1º do CPC (acrescido pela Lei 11.276 de 07/02/2006): “O juiz não receberá recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁹⁸ ERICKSEN, Lauro. 2013. p. 186

de 1º grau¹⁹⁹. Dessa forma, diversamente do que ocorre com as súmulas vinculantes, as impeditivas de recurso não exigem que o juiz obrigatoriamente siga a orientação do tribunal superior (STJ ou STF), mas define que, no caso do juiz decidir conforme à súmula, não haverá mais recurso de apelação^{200, 201}

Por fim, temos as súmulas vinculantes, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional num. 45/2004, pelo acréscimo do art. 103-A da Constituição. Segundo o dispositivo, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado da súmula que, a partir de sua publicação na imprensa, terá efeitos vinculantes junto ao Judiciário, e Administração Pública Direta e Indireta. Há também previsão para seu cancelamento e revisão, segundo a Lei 11.417²⁰², de 19/12/2006, mediante aprovação de 2/3 dos membros do STF.²⁰³

As súmulas vinculantes foram inseridas no ordenamento jurídico com a justificativa de que seriam instrumento para proporcionar eficiência, uniformidade e

¹⁹⁹ERICKSEN, Lauro. *Idem, Ibidem*.

²⁰⁰ Apesar da defesa por parte da doutrina quanto à função da súmula impeditiva de recursos, que seria evitar recursos protelatórios e fortalecimento da segurança jurídica, que é um discurso válido, corroboramos com o entendimento de Jose Afonso da Silva, para o qual, as súmulas impeditivas de recurso ocasionariam um sério problema: o transito em julgado de decisões de 1º grau, que se torna válido e eficaz. SILVA, José Afonso. 2011, p. 567)

²⁰¹ ERICKSEN, Lauro. 2013, 186.

²⁰² Sobre cancelamento e revisão, os art. 2º. e 3.º da Lei 11.417 /2006, dispõem que:

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

²⁰³ SILVA, José Afonso da. 2011. p. 565)

coesão, eivando as decisões judiciais de maior segurança, o que se trata de uma visão predominantemente focada na efetividade processual.²⁰⁴

Há autores que entendem ser um mecanismo legítimo e eficaz, como por exemplo, Kildare Gonçalves Carvalho, para o qual a súmula vinculante seria uma espécie de filtro, capaz de eliminar a morosidade, concorrendo para a diminuição significativa no volume de processos. Seria também uma forma de se garantir segurança jurídica, eliminando antinomias normativas e preservando a coerência e harmonia do sistema jurídico.²⁰⁵

Todavia, discordamos dessa argumentação, seguindo o pensamento de José Afonso da Silva, para o qual o referido instituto tolhe uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito, que se encontra na base do direito de acesso à Justiça. Outra crítica realizada pelo autor, é que as súmulas vinculantes, na realidade, não proporcionariam a redução de recursos, já que se há previsão de que se o ato administrativo ou decisão judicial contrariar a súmula, caberá reclamação para o STF, que julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, determinando em seguida que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (art.103-A, §3º CF/88).²⁰⁶

Outro posicionamento, com o qual anuímos, é o apresentado por Romeu Bacellar, Daniel Hachem e Leandro Ferreira Bernardo para os quais as súmulas vinculantes representam um exemplo de exercício ilegítimo de função legislativa pelo Poder Judiciário, por ferir o princípio democrático e os direitos fundamentais. Trata-se de uma aberração jurídica, já que as obrigações impostas nessas súmulas não podem ao menos ser discutidas perante o judiciário²⁰⁷. Nesse sentido, o estabelecimento de um entendimento vinculante a todos os juízes teria efeitos nocivos à vida social, dentre os quais: limitação de maiores debates e o retardamento de possíveis mudanças de entendimento pelo próprio STF. Nesse aspecto, a súmula vinculante concorre para um “engessamento” do entendimento jurisprudencial.²⁰⁸

²⁰⁴ ERICKSEN, Lauro. 2013, p. 188

²⁰⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional, teoria do Estado e da Constituição**. 14.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 526.

²⁰⁶ SILVA, José Afonso da. 2011. p. 567

²⁰⁷ BACELLAR FILHO, Romeu; HACHEM, Daniel Wunder, 2011. p.61.

²⁰⁸ BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado democrático de direito. **Revista jurídica**, Brasília, v. 11, n. 93, p. 1-27, fev./maio 2009. p. 24.

Outro ponto a ser observado, como argumento contrário às súmulas vinculantes é trazido por Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, que defende que o fato de haver súmulas não significa o fim de divergências. Ao contrário, apresenta-se uma nova, concernente às várias interpretações dadas a uma mesma súmula. Isso porque, as súmulas são textos, sujeitas à variabilidade hermenêutica. Nesse ponto, o autor critica o instituto como sendo uma aposta num modelo racionalista, positivista, segundo o qual as súmulas tornariam claro (verdadeiro) o sentido da norma e ainda, que por serem vinculantes, impediriam outras interpretações. Explica, que o efeito vinculante até poderia evitar novas ações ou recursos, mas isso só se daria com a contrapartida de sacrifícios no âmbito dos direitos constitucionais, como contraditório, ampla defesa e acesso ao Judiciário²⁰⁹.²¹⁰

Assim, a partir das súmulas vinculantes, o julgador ao aplicá-la, se abstrairá as particularidades dos casos (provas e discussões) tratando-os como um “tema”. Consequentemente, passa-se a julgar não os casos, mas temas, ou teses, o que é uma afronta aos princípios constitucionais, já que tal perspectiva se encontra muito distante da visão constitucional contemporânea, adequada ao Estado Democrático de Direito e das exigências atuais da sociedade. Não é possível a pretensão de que uma súmula resolva o problema da interpretação judicial da lei. Elas até podem ser uma boa ferramenta na resolução de litígios, mas não conseguirão evitar a necessidade de interpretação, e consequentemente, de variabilidade hermenêutica.²¹¹

Diante disso, percebe-se a gravidade do problema no que tange à substituição de uma súmula persuasiva por uma vinculante, como se deu no caso da súmula 339, substituída pela vinculante num. 37. Isso porque, a partir do momento que não havia a obrigação de vinculação do Judiciário em geral quanto à recomendação do STF, vários magistrados já estavam julgando casos que lhes

²⁰⁹ Diante disso, Alexandre Bahia cita-se a questão trazida Streck, Lenio L.: “Porque, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais (...) deveríamos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (...) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados “hand cases”? Volta-se, sempre, ao lugar do começo(...). Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado”. STRECK, Lenio L. **O que é isto- Decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.42.

²¹⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. **Revista de processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012. p. 364.

²¹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Idem*, p. 376-377.

eram trazidos²¹², considerando a mitigação da igualdade, e conseqüentemente, conferindo direitos aos servidores públicos que buscavam por tutela judicial. Atualmente, com a edição da súmula vinculante, isso se tornou praticamente impossível, já que decisões contrárias ao que diz a famigerada súmula, podem ser cassadas pelo STF. Dessa forma, mesmo que parte do Judiciário entenda ser cabível a aplicação de um direito fundamental, encontrar-se à de mãos atadas, à mercê de que o STF seja “iluminado” por novo entendimento acerca da questão, *mudando sua opinião*, e assim, anule a súmula²¹³.

5.3 DECISÕES JUDICIAIS DIVERGENTES DA SÚMULA 339 STF

Conforme dito em momento anterior, a jurisprudência nacional já estava se posicionando de forma contrária (ainda que timidamente) ao que recomendava a Súmula 339 do SFT, pautando-se no entendimento de que a isonomia deveria ser respeitada preponderantemente, devido a seu status de direito fundamental, e como tal, era inadmissível que fosse mitigada pelo Poder Público. Agindo de acordo com os novos paradigmas do Ordenamento jurídico pátrio, vários magistrados cumpriam seu papel, decidindo em prol dos direitos fundamentais, observando, ainda assim, o sistema de tripartição dos Poderes. Todavia, para tanto, utilizavam-se do modelo de “freios e contrapesos”, na busca de garantir um equilíbrio entre os Poderes. Assim, intentando zelar pela supremacia constitucional, observaram que o entendimento mantido pelo STF já se encontrava superado.

Infelizmente o panorama modificou-se (para muito pior). Com a substituição da recomendação contida na súmula do STF, que se tornou vinculante, o Judiciário “perdeu “a possibilidade de realizar a concretização de uma garantia fundamental ou de tornar efetivo um princípio constitucional de extrema relevância.

Torna-se dessa maneira, urgente a necessidade de anulação (ou revisão) da Súmula aqui em epígrafe, a fim de que se possa buscar a efetividade do princípio da

²¹² No tópico seguinte, serão exemplificadas algumas dessas decisões não favoráveis à aplicação da Súmula 339.

²¹³ Conforme já tratado, não cabe somente ao Judiciário realizar a revisão ou anulação de uma súmula vinculante. Os proponentes possíveis estão descritos nos incisos do art. 3º. da Lei 11.417/2006.

Igualdade, tão caro num Estado que se intitula “Democrático de Direito”. Só assim, será possível que o Judiciário tenha a possibilidade de reconhecer a Constituição como norma suprema do sistema, reconhecendo, por sua vez, a isonomia como norma impositiva de observância obrigatória, o que constitui nada mais que um raciocínio lógico, cuja superação parece na atual conjuntura do ordenamento vigente, impossível²¹⁴.

A tese que aqui sustentamos, concernente à possibilidade de atuação do Judiciário com base no princípio da isonomia para afastar inconstitucionalidades cometidas pelo legislador e administrador público encontra respaldo doutrinário²¹⁵ e jurisprudencial²¹⁶. A partir de tudo o que foi ratado, conclui-se, por óbvio, que para cargos iguais deve haver igualdade de retribuição, ou seja: trabalhadores iguais devem ser igualmente remunerados; isso seria a aplicação da isonomia. Nesse sentido, há vários julgados, dentre os quais indica-se alguns, conforme ementas abaixo;

SERVIDOR PÚBLICO. DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO. ISONOMIA. SUM-339/STF. Verificada a situação de desigualdade remuneratória entre os ocupantes de cargos iguais ou assemelhados, cabe ao Judiciário fazer valer a isonomia assegurada na Constituição Federal (ART-39, PAR-1). A SUM-339 do STF não está acima da Constituição nem pode impedir que a Justiça garanta a sua plena eficácia na prática.²¹⁷

²¹⁴MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. 2011. p.10.

²¹⁵Nas páginas 57 e 58, nota de rodapé num. 196 do presente, encontram-se alguns posicionamentos da doutrina nacional no que tange ao posicionamento favorável à atuação do judiciário quanto à defesa do princípio da igualdade no que tange à sua aplicação à remuneração de servidores públicos. Além daqueles, merecem ser citados:

“A jurisdição apenas está zelando para que direitos fundamentais sejam tutelados e acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, vol. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006. p. 102.

“(…) o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. (…). A tese de insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentado de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição”. ÁVILA, Humberto. 2008, p. 175-176).

“(…) a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas constitucionais (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 335-336.

²¹⁶MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. 2011. p.10.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 58132 - RS (95.04.58132-3). Apelante: Sindicato dos Funcionários da Justiça Federal de Primeira e Segunda Instâncias da Quarta Região. Relator: Amir José Finocchiaro Sarti. Porto Alegre: 31 de outubro de 1996. Quinta Turma.

ADMINISTRATIVO. ISONOMIA DE VENCIMENTOS. EXECUTANTE DE MANDADOS. SÚMULA Nº 399 DO STF GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO 1. Pelo princípio da isonomia equipara-se os oficiais de justiça executantes de mandados da Justiça Federal do Trabalho aos da Justiça Federal Comum, para fins de direito à gratificação de representação. 2. Inaplicabilidade da súmula nº 399 do STF, pois não trata-se de aumento de vencimentos, mas sim do reconhecimento de um direito. 3. Apelação a que se nega provimento.²¹⁸

ADMINISTRATIVO. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL PRESSUPOSTO PROCESSUAL VÁLIDO. Não se trata de aumentar vencimentos, e sim de equacionar situações funcionais as quais emergirão eventualmente, reflexos financeiros, e que não são objeto da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal.²¹⁹

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEI MUNICIPAL Nº 4.616/2006. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS OCUPANTES DO MESMO CARGO. PISO SALARIAL DIFERENCIADO. GRAU DE ESCOLARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. I - É ilegítimo que determinados servidores ocupantes do mesmo cargo e que exercem as mesmas funções possam receber vencimentos diferenciados tendo em vista tão-somente o nível de escolaridade que possuem, sem haver nenhuma distinção acerca das funções e atribuições inerentes ao cargo. II - Nesse contexto, não há incidência da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, haja vista que não se está, no caso presente, estendendo vantagens concedidas a determinado cargo para outros que possuam semelhantes atribuições e funções, mas tão-somente reconhecendo o direito de servidores ocupantes do mesmo cargo possuir os mesmos vencimentos. III - Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça: RMS 18.975/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 20.11.06, DJ de 11.12.06, p. 392; AC 12.964/2008-SÃO LUÍS,

Data de Publicação: DJ 11/12/1996. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=199504010581329&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=416a4dda53e94793eed790af43ef3f0f&txtPalavraGerada=nPjU&txtChave=>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015, p. 96261.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 2642 - SC (2001.72.00.002642-5). Apelante: União Federal. Apelado: Valdemar de Oliveira Leite e outros. Relator: Joel Ilan Paciornik. Florianópolis: 29 de agosto de 2002. Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 16/10/2002. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=qwgP&hdnRefId=7d612f75e8a78ca4a3687f440b38b068&selForma=NU&txtValor=200172000026425&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015, p. 670.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação Cível nº 90.02.551453 - RJ. [s.p.]. Relatora: Julieta LidiaLunz. DJ de 18-12-90. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34528177/djpa-17-02-2012-pg-505>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

Rel.^a Des.^a MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES,
Primeira Câmara Cível, julgada em 16.10.08.IV - Recurso desprovido.²²⁰

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS OCUPANTES DO MESMO CARGO. PISO SALARIAL DIFERENCIADO. GRAU DE ESCOLARIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DECADÊNCIA. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Nas relações de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação, de modo que o prazo decadencial para impetração renova-se mês a mês. Súmula 85/STJ. 2. Viola o princípio da isonomia a lei que estabelece que servidores ocupantes do mesmo cargo e que exercem as mesmas funções tenham piso salarial diferenciado de acordo com o grau de escolaridade, mormente quando já previsto pagamento de adicional para os titulares de nível superior. 3. É inaplicável a Súmula 339/STF na hipótese, pois não se está estendendo vantagens concedidas a determinado cargo para outro com atribuições semelhantes, mas reconhecendo o direito de servidores ocupantes do mesmo cargo possuírem igual vencimento básico. 4. Recurso ordinário provido.²²¹

PROCESSO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA SERVIDOR PÚBLICO - DIFERENÇA SALARIAL EXISTENTE ENTRE CARGOS IDÊNTICOS - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA IGUALDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. Em obediência ao princípio constitucional da igualdade, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, os servidores públicos que ocupam o mesmo cargo, exercendo as mesmas atribuições, cumprindo a mesma jornada de trabalho, devem perceber o mesmo vencimento fixo.²²²

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 72532011- RS, Relator: Marcelo Carvalho Silva, Data de Julgamento: 08/06/2011, SAO LUIS. Disponível em :<<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19521527/apelacao-civel-ac-72532011-ma-tjma>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5a turma, Recurso em mandado de segurança nº 18.975 - MS (2004/0132343-0). Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília: 20 de novembro de 2006. Data de Publicação: DJU 11.12.2006, p. 392. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RMS_18975_MS_20.11.2006.pdf?Signature=AtZbjrZ2cup3LHaQSvIWK0n8vIU%3D&Expires=1440092986&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8376d4770e5be845a7c6189ce6a5ea48>. Acesso em 16/08/2015.

²²² BRASIL. Tribunal de Justiça ES. Recurso: 100050038288 ES 100050038288. Relator: SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, DJ: 29 de maio de 2006, CONSELHO DA MAGISTRATURA, Data de Publicação: 23/06/2006. Disponível em <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4991023/recurso-100050038288>>. Acesso em 16/08/2015.

Como se pode observar, apesar da súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, vários juízes já se posicionavam favoráveis quanto à aplicabilidade do princípio da igualdade, desconsiderando a recomendação sumulada. Todavia, com a substituição do instituto, a situação tornou-se bem mais complicada, pois deixou a magistratura de “pés e mãos atados”, devido ao efeito vinculante que este possui, conforme anteriormente citado.

Entretanto, parece haver uma “luz no fim do túnel”, pois recentemente o próprio STF entendeu ser cabível conceder equiparação de auxílio- alimentação de servidores públicos pertencentes a carreiras diferentes, fundamentando-se no princípio da isonomia, assim como estendeu o benefício de auxílio- moradia à juízes que ainda não gozavam do referido benefício.

O primeiro caso, trata-se da repercussão geral no Recurso Extraordinário RE 710.293²²³, que se originou por ação de servidor pertencente ao quadro do INSS, que invocou o princípio da isonomia, pugnando pela revisão do auxílio alimentação que lhe era pago e a equiparação do benefício ao que era concedido aos servidores integrantes do TCU. Num primeiro momento, o pedido foi julgado improcedente pela Justiça Federal de Primeiro Grau em Santa Catarina, que invocou-dentre outros fundamentos- o enunciado da Súmula 339 do STF (em vigor à época). Inconformado, o requerente interpôs recurso, que foi acolhido pela 3ª Turma recursal da Justiça Federal de Santa Catarina, que por sua vez, afastou a incidência da Súmula 339/ STF, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de duas portarias do Ministério do Planejamento (nº. 71/2004 e 42/2010), as quais tratavam da fixação de valores devidos à título de auxílio alimentação. Como não havia regulamentação específica, a Justiça Federal em sua decisão determinou a aplicação das portarias do TCU (nº. 99/2007, 44/2008, 306/2008 e 145/2010) e da

²²³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 339 DO STF. DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS Nº 71, DE 15.04.2004, e 42, DE 09.02.2010, DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. APLICAÇÃO DO REAJUSTE POR EQUIPARAÇÃO. PORTARIAS Nº 99, DE 14.03.2007, 44, DE 26.02.2008, 306, DE 10.12.2008, E 145, DE 26.05.2010, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, E PORTARIAS SEGEDAM NºS 48, 27.05.2010, E 24, DE 04.02.2011. LEI 8.460/92. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 04 de outubro de 2012. Brasília. Data de publicação DJE 07 de novembro de 2012. ATA Nº 47/2012 - DJE nº 219.) Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_710293_SC_1355606963343.pdf?Signature=jHwYmWuipZ8qo82BaH2aCdQ3A%2Fk%3D&Expires=1440171593&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e8497baab8d04e02b9e23b6128fc7dde>. Acesso em 16 de agosto de 2015.

Secretaria Geral de Administração (SEGEDEAM), também do TCU (nº48/2010 e 24/2011), a fim de atender o pedido do servidor. Destacou a Turma Recursal que o auxílio-alimentação pago aos servidores do INSS e aos servidores públicos federais civis tem fundamento no art. 22 da Lei 8460/92, com redação dada pela Lei 9.527/97)²²⁴. O INSS, por sua vez, interpôs recurso junto ao STF, alegando caber incidência da Súmula 339 do referido Tribunal. O Supremo Tribunal reconheceu tratar-se o caso de hipótese de Repercussão Geral²²⁵, e em sua decisão, entendeu que a verba questionada se destinava a indenizar despesas do servidor com alimentação, não sendo incorporada à sua remuneração, não se aplicado ao fato “aumento de vencimentos”, razão pela qual, afastaria a incidência da Súmula 339 do STF.

Quanto ao segundo caso, tem-se o julgamento da AO 1773^{226/227}, na qual o Supremo Tribunal Federal aprovou o auxílio moradia para Juízes Federais, alegando

²²⁴ Os valores referentes a pagamentos a título de auxílio-moradia aos servidores públicos civis ativos da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional são estipulados nas Portarias nº 71, de 15 abr. 2004; nº 42, de 09 fev. 2010 e nº 619, de 26 dez. 2012, todas do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fulcro no artigo 22 da Lei nº 8.460/92. Todavia, nem todos os servidores do Serviço Público Federal recebem mensalmente a título de auxílio-alimentação esses valores, já que os servidores pertencentes ao quadro funcional do Tribunal de Contas da União, que se toma como paradigma, também regidos pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União (Lei nº 8.112/90), percebem valores bem superiores àqueles pagos pela União aos demais servidores pertencentes ao quadro do Executivo. Destaca-se que o direito ao benefício (auxílio-alimentação) advém do simples fato de ser servidor público federal civil e ativo da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacionais, sendo regido por lei de forma indistinta e uniforme, sem levar em consideração o cargo exercido nem tampouco o Poder ao qual está vinculado o beneficiário. A única distinção prevista é o custo de vida do local de trabalho.

O auxílio-alimentação estabelecido é destinado a custear as despesas de alimentação do servidor, não se afigura legítimo, moral e legal, o pagamento de valores diferentes ao servidor do Poder Executivo do que é pago ao servidor de qualquer outro poder. Trata-se de direito único deferível a todos que ostentem a mesma condição jurídica por ela estabelecida: a de ser servidor público federal civil ativo da Administração Pública Federal Direta, Autárquica ou Fundacional. A Administração Pública, portanto, está obrigada a observar todos os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, a começar pelo princípio da isonomia. (PEIXOTO JÚNIOR, Gilberto da Cunha: Fixação de valores diferenciados para o pagamento do auxílio-alimentação a servidores públicos civis da União. Violação à Constituição Federal e à Lei nº 8.112/90, 27 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo%2cfixacao-de-valores-diferenciados-para-o-pagamento-do-auxilio-alimentacao-a-servidores-publicos-civis-da-uniao-%2c47546.html>>. Acesso em 16 de agosto de 2015.

²²⁵ Segundo o Ministro Luiz Fux, as questões discutidas configuravam hipótese de repercussão geral, pois havia sido afastada súmula do STF, bem como declaradas inconstitucionais as portarias ministeriais, existindo, portanto, “transcendência política, administrativa e econômica da questão em debate”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=223511>>. Acesso em 16 de agosto de 2015.

²²⁶ Ao deferir pedido de antecipação de tutela na Ação Originária (AO) 1773, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, assegurou o direito ao auxílio moradia a todos os juízes federais em atividade no país. O ministro entendeu que os magistrados federais fazem jus ao auxílio, uma vez

que vários profissionais do ramo do direito já o percebiam (membros do MP, advogados, procuradores, etc.) demonstrando claramente um posicionamento “diverso” do que possuía até então, haja vista as várias decisões anteriores proferidas pelo tribunal, veementemente contrárias a aumentar vencimentos de servidores públicos, utilizando-se como fundamento a famigerada súmula 339 (hoje, com mesmo teor, intitulada Súmula vinculante 37). Todavia, a Corte modificou seu posicionamento, alegando não se tratar de aumentar vencimentos, mas sim de concessão de verba indenizatória, livre do alcance da súmula. Cabe-nos ressaltar, inclusive, a argumentação utilizada pelo ministro relator:

“Sob outro enfoque, o exercício da função jurisdicional destinado à **preservação do princípio da isonomia não pode ficar a mercê do pronunciamento dos órgãos administrativos do Poder Judiciário** (grifo nosso). Uma vez provocado, o Poder Judiciário deve reconhecer os direitos pretendidos pela parte autora de uma ação, mormente quando estiverem alicerçados solidamente no ordenamento jurídico.

Assim, não é crível que, em um Estado de Direito, em que se propugna como um de seus vetores axiológicos o princípio da isonomia, uma parcela de caráter indenizatório prevista em lei em favor dos autores, e que já é paga regularmente a ocupantes do mesmo cargo de juiz federal, não seja estendida aos demandantes. Dois pesos e duas medidas”.²²⁸

Conforme pode ser observado, a argumentação utilizada está evidentemente pautada no respeito ao princípio da isonomia. Foi com base nesse princípio que o Tribunal concedeu aos servidores a fruição de um direito legítimo, desrespeitado até então, devido à inércia do legislador ou pela inobservância do preceito pela Administração Pública. Fica então de forma ainda mais evidente que o Judiciário pode (e deve) se manifestar quando direitos fundamentais estão sendo

que se trata de verba de caráter indenizatório – compatível com o regime do subsídio –, previsto pela Lei Orgânica da Magistratura (Loman) e já paga a diversos profissionais, como procuradores federais, ministros de tribunais superiores e a magistrados de 18 estados. Disponível em <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/stf-decisao-determina-pagamento-de-auxilio-moradia-a-juizes-federais/>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

(Supremo Tribunal Federal. Ação Originária nº.1773. Distrito Federal, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 15 de setembro de 2014, Data de Publicação: DJE-190: 18 de setembro de 2014.)

²²⁷ Da mesma forma, ocorreu posteriormente nos julgamentos da Ação Originária nº. 1.946 DF e da Ação Cível Originária nº. 2.511 DF: Nestas, o STF estendeu o benefício do auxílio moradia aos juízes do Trabalho, da Justiça Militar e Justiça Estadual de oito entes federativos.

(Supremo Tribunal Federal - Ação Originária nº. 1.946 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 25 de setembro de 2014, Data de Publicação: DJE-190, 30 de setembro de 2014)

Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº. 2.511 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 25 de setembro de 2014, Data de Publicação: DJE-190: 30 de setembro de 2014)

²²⁸ (Supremo Tribunal Federal. Ação Originária nº.1773. Distrito Federal, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 15 de setembro de 2014, Data de Publicação: DJE-190: 18 de setembro de 2014)

desrespeitados. Frisa-se, a partir desse exemplo tão claro, a necessidade de anulação da Súmula vinculante num. 37, utilizada como forma de burlar uma garantia fundamental inerente aos servidores públicos em geral (tão servidores quanto os magistrados que tiveram seus direitos assegurados pelo STF).

Em contrapartida, torna-se clara a falta de coerência destas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, contradizendo seu entendimento. Se na grande maioria das vezes ele opta por aplicar a própria súmula, nos casos apresentados, muda seu posicionamento, demonstrando ser possível mediar a questão (sob alegação de que, nestes casos, o aumento diz respeito a verbas de caráter indenizatório, as quais não fariam parte dos vencimentos dos servidores públicos envolvidos no litígio). Ora, ao se contradizer de forma tão flagrante, deixa clara a necessidade de que o instituído a que por vezes se vale, e outras não, necessita ser anulado ou (ao menos) reformulado. Além do que, com tal conduta, deixa mais uma vez transparecer seu descomprometimento para com o princípio da igualdade, ao tratar desigualmente os partes iguais.

Enfatizamos a necessidade de ser prestado o devido respeito às normas Constitucionais. A igualdade, conforme já tratado em tópico anterior, é norma constitucional, que permeia todo nosso Ordenamento. Seu conteúdo é por vezes programático, dependendo do esforço por parte dos legisladores, administradores e aplicadores da lei em geral para que se configure sua devida aplicação. Negar isonomia remuneratória aos servidores públicos é flagrante descumprimento legal (apesar da supressão do termo “isonomia” do texto constitucional que vigorava até a edição da EC 19/98), cabendo como remédio aos que tem tido seus direitos suprimidos, a intervenção do Judiciário, que, todavia, tem se negado a cumprir sua função, alegando tratar-se de matéria cuja competência foge à sua alçada. Sofrem então os servidores públicos de duas formas: com a negligência do legislador (que não modifica as regras em vigor, para devida adequação) bem como com a omissão do Judiciário (que se nega a interferir na matéria sob pena de transgredir o Princípio de Tripartição dos Poderes, conforme conteúdo da Sum. Vinculante 37.)

A Constituição tem por princípio basilar a igualdade de direitos, que é a essência de um Estado Democrático. Não cabe ao Judiciário, principalmente ao STF, que é guardião constitucional, escolher a regra a ser aplicada ou escolher a quem aplicar. Se a Constituição preceitua a isonomia, que seja para todos, não somente para alguns, já que esse tipo de posicionamento vai contra não só a todo

significado do princípio aludido, mas também à coerência (prejudicando a segurança jurídica), à moral e à ética, de forma lamentável. E, conforme o *sábio* entendimento do Ministro Luiz Fux em sua recente decisão no julgamento da Medida Cautelar da Ação Originária num. 1.773/ DF: “em um Estado de Direito, em que se propugna como um de seus vetores axiológicos o princípio da isonomia, deixar de aplicá-la à remuneração de servidores ocupantes de mesmo cargo, que exercem as mesmas atribuições não é crível: Dois pesos e duas medidas”.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, buscou-se fundamentos capazes de comprovar a inconstitucionalidade da Súmula vinculante nº 37 do STF e a consequente necessidade de sua anulação, visto que o referido instituto não coaduna com os novos paradigmas do Direito Constitucional adotados no país, concluindo-se alguns pontos:

- Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 os servidores públicos eram regidos por uma série de regimes jurídicos, o que fomentava grandes diferenças entre eles. Visando a garantia de igualdade remuneratória entre esses servidores, após promulgada a Constituição de 1988, adotou-se a regra contida em seu art. 39 (em sua versão originária), em que se buscou inserir a obrigatoriedade de um sistema único para os servidores de cada entidade, a fim de que não ocorressem tratamentos diferentes para aqueles que se encontrassem em condições idênticas, causando situações de injustiça e insegurança.

- Em 04 de junho de 1998 adveio a Emenda Constitucional de número 19, responsável pela modificação de vários aspectos quanto à remuneração dos servidores, suprimindo, inclusive, a menção constitucional expressa quanto a isonomia de seus vencimentos (prevista na redação originária do §1º, do art.39, CF).

- Ao longo do século XX ocorreram várias transformações no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que se refere ao Direito Constitucional, que impactou de forma crucial a Jurisdição. As novas premissas adotadas com o advento do neoconstitucionalismo, permitiram que o Judiciário passasse a ser responsável por garantir a fruição de direitos fundamentais frente à inércia de outros Poderes, tornando obsoleta a fundamentação de sua impossibilidade de agir sob argumentação de obediência estrita ao Princípio da Tripartição dos Poderes.

- O modelo neoconstitucionalista abriga ideais, como; maior valorização da interpretação jurídica, reconhecimento da normatividade dos princípios, reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Serviu ainda para cingir a Constituição de força normativa, o que obriga que as demais normas do sistema jurídico estejam em harmonia com seus preceitos para que sejam consideradas eivadas de validade.

-Além das modificações já ressaltadas, com o advento do modelo de Estado Democrático de Direito, ocorreram modificações tangíveis à Teoria da separação de poderes, passando-se a prever instrumentos regulatórios do poder estatal; ou seja: passa a existir controle recíproco entre os poderes instituídos. Assim, abandona-se a forma dogmática de encarar a tripartição dos poderes e adota-se um sistema de mútua fiscalização, conhecido por *checks and balances*, que possibilita a interferência de um Poder sobre o , garantindo-se uma atuação harmônica e equilibrada entre eles .

-Considerando o papel de destaque ocupado pela Constituição Federal no ordenamento jurídico, tem-se o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal, responsável por garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais e principalmente dos direitos fundamentais.

- O princípio da igualdade é um dos pilares de sustentação dos Estados Democráticos de Direito (todavia, vem sendo mitigado no que se refere à remuneração dos servidores públicos, principalmente pela aplicação da Súmula vinculante nº.37 do STF). Ao longo do tempo, houve uma crescente evolução de seu conteúdo e extensão; desde sua concepção até sua aplicabilidade no constitucionalismo. Importa dizer que restringir-se à sua existência formal não é suficiente, fazendo-se necessária a busca por sua concretização, em prol de garantir direitos mediante uma eficácia jurídica e social das normas que a determinam.

- A interpretação do princípio da igualdade deve levar em conta a existência de desigualdades e injustiças, não devendo ser considerado apenas mandamento de Estado de Direito, mas deve ser entendido como um princípio de Estado Social, base de toda ordem constitucional vigente. A isonomia é princípio com plena eficácia, que deve ser respeitado, pois caso contrário, será caso de inconstitucionalidade, a qual caberá ao Poder Judiciário controlar.

- Quanto a aplicação do princípio da igualdade às remunerações dos servidores públicos, entendemos não encontrar respaldo constitucional o conteúdo apresentado na Súmula vinculante nº 37 STF, pois, quando aplica ao caso concreto o princípio da isonomia, o Judiciário não estará legislando, mas tão somente exercendo função tipicamente jurisdicional, já que a Constituição determina que “*a trabalhos iguais devem corresponder uma mesma remuneração*”. Ao permitir que dois servidores, que executem um mesmo trabalho percebam remunerações distintas há flagrante desrespeito à igualdade.

- Quanto à sumula em epigrafe, seu conteúdo é claramente conflitante com o atual modelo neoconstitucional, segundo o qual, impera a supremacia da Constituição. Trata-se de instituto que editado inicialmente na década de 1960, e desde então, se deram várias mudanças na conjuntura político social. O direito, por sua vez, que não se trata de ciência inerte, deve adequar-se à atual realidade, a fim de que sejam respeitados os princípios fundamentais.

-Apesar de tudo, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura conservadora no que se refere à sua função de Guardião constitucional. No tocante à Súmula aqui tratada, utiliza-se do fundamento de que não lhe é cabível interferir nos vencimentos dos servidores, sob pena de transgredir o Princípio da Tripartição dos Poderes, uma das bases de um Estado Republicano. Entretanto, tal argumentação não se faz pertinente, e o que se verifica é uma postura omissa por parte do tribunal, que tem fechado os olhos diante de uma séria afronta ao princípio da igualdade, devido à sua abstenção em atuar nos casos em que servidores públicos têm seus direitos rechaçados pelo legislador e Administração Pública.

- Vários magistrados já sentenciavam em sentido contrário ao postulado pela Súmula aqui criticada (quando essa ainda não se tratava de instrumento com poder vinculante), decidindo pela isonomia, em detrimento da aplicação cega da Tripartição dos Poderes. Isso se modificou a partir do instante em que atingiu o status de “vinculante”.

-O próprio STF recentemente teve entendimento contrário à famigerada Súmula, o que denota incoerência nas decisões do tribunal, além se ser (mais um) importante indício de que o teor do instituto questionado não guarda consonância com os preceitos constitucionais vigentes, devendo, portanto, ser anulado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. PortoAlegre: Livraria do advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: Influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional. 135 f. Tese (Doutorado em Direito constitucional). Programa de Pós-Graduação em Efetividade do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. Rio de Janeiro. Globo, 1999, 12ª ed.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os poderes da república no Estado brasileiro contemporâneo transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. **Revista de processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Novo constitucionalismo latino-americano**: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte : Arraes, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, n. 15, p.01-31, jan./ mar. 2007.

BARROSO, Roberto Luís; BARCELLOS, Ana Paula; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: [s.n.], 2014.

BARROSO, Roberto Luís. **Princípios formais e outros aspectos da teoria**

discursiva do direito: Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 69-99.

BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. **Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 7, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005.

BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado democrático de direito. **Revista jurídica**, Brasília, v. 11, n. 93, p. 1-27, fev./maio 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 37**. Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Sessão Plenária de 15 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=37.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 339**. Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=339.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 26 de outubro de 2014.

CABONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: [s.n.], 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle judicial das omissões públicas como garantia de fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), Brasília, v. 6, n. 1, p. 1-14, jan./jun.2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.16, n. 64, p. 89-108, out./dez. 1979.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Reschtslehre. **Revista brasileira de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, ano 4, n.15, p.91-116, jul./ago. 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. ”**Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35262>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo : Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do princípio da isonomia. **Revista Processus**, Brasília, v.01, n.01, p.22-31, jan./mar. 2010.

ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 181-192, ago. 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Sobre um aspecto do princípio da igualdade: a mesmidade da situação jurídica estatutária dos servidores públicos e seus reflexos na coisa julgada. **Interesse Público**, São Paulo, v.11, n.58, p.31-50, nov./dez. 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado legislativo ao Estado constitucional. 1.ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

LIMA, Manoel Hermes de. Parcelas remuneratórias adventícias no âmbito federal. L & C, **Revista de direito e administração pública**, Brasília, v. 15, n. 165, p. 11-19, mar. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. O fim da súmula 339 do STF: pela devida aplicação do princípio da isonomia. A&C, **Revista de direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, jul./set. 2011.

MARINELA, Fernanda. **Servidores Públicos**. 1.ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. atual. AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José

Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Judicialização, ativismo e direitos fundamentais a garantia dos pressupostos essenciais ao processo democrático pelas cortes constitucionais. **Revista do direito público**, Londrina, v. 11, n. 59, p. 9-26, set./out. 2014

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 111-141, abr./jun. 2006.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre: Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p.61-96, jul./dez. 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Coord.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PRUDENTE, Antônio Souza. Isonomia de vencimentos e vantagens de servidores públicos. **Revista de direito público**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 33-38, abr./jun. 1991.

PRUDENTE, Antônio Souza. Pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso e acesso pleno à justiça. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 79-88, jul./set. 1996.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1989**. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**; construindo uma nova

dogmática jurídica, apud Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*. V. 2 N. 1, p. 191 – 210, jan./jun. 2006.

TORRENS, Haradja Leite. **Partição de poderes e direitos fundamentais**: reflexos constitucionais da tripartição de funções nos novos caminhos da atividade jurisdicional. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 214-227, jan./jun. 2008